



MYRIAM CAROLEO GRIMALDI\*

## UN'INESPLORATA FRONTIERA DELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA\*\*

**Abstract [It]:** L'art. 590-sexies c.p. ha rifondato la disciplina penale della responsabilità sanitaria, attraverso l'introduzione nel sistema di una nuova fattispecie di reato. La difficoltà che immediatamente risalta è rappresentata dal primo comma della novella, che circoscrive l'omissione colpevole. Il rinvio agli artt. 589 e 590 c.p. che la fattispecie in esame opera al primo comma è riassunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità in un'integrale riduzione tout court della responsabilità medica ai reati di lesioni personali e omicidio colposo. In attesa di un nuovo, auspicabile, intervento legislativo riformatore, il presente contributo intende offrire alcuni spunti per una diversa ricostruzione.

**Abstract [En]:** The art. 590-sexies criminal code refounded the penal discipline of medical liability, through the introduction of a new type of crime into the system. The difficulty that immediately stands out is represented by the first paragraph of the novella, which circumscribes the guilty omission. The reference to the articles 589 and 590 of the criminal code, which the case in question operates in the first paragraph, is summarized by the doctrine and by the jurisprudence of legitimacy in an integral reduction tout court of medical liability to the crimes of personal injury and manslaughter. While awaiting a new, desirable, reforming legislative intervention, this contribution intends to offer some ideas for a different reconstruction.

**Parole chiave:** Responsabilità sanitaria, Colpa, Imperizia, Fatto, Reato.

**Keywords:** Medical Liability, Guilt, Unskillfulness, Event, Crime.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione allo studio. – 2. Lo statuto speciale della responsabilità sanitaria per morte o lesioni personali. – 3. La pluralità fenomenica dell'evento nel reato di cui all'art. 590-sexies c.p. – 4. La problematica perimetrazione dell'*idem factum*. – 5. Il *tempus commissi delicti* e la prescrizione del reato. – 6. Considerazioni conclusive.

\* Avvocato penalista del Foro di Roma e docente in materie penalistiche nel Master di II livello in contrattualistica pubblica – Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Introduzione allo studio

La responsabilità medica, storicamente definita «tra le più controverse e tormentate questioni in tema di colpa punibile<sup>1</sup>», impegna da anni dottrina e giurisprudenza nella ricerca e nella delimitazione dei suoi margini di applicabilità.

È concetto ricorrente che la Legge Gelli Bianco dell'8 marzo 2017, n.24, rispetto alla precedente disciplina, anche conosciuta come Decreto Balduzzi<sup>2</sup>, avrebbe ridimensionato la discrezionalità del giudice, attraverso la delimitazione della causa di non punibilità alla sola imperizia del sanitario<sup>3</sup> e l'introduzione dell'istituto di stampo pubblicistico delle linee guida rilevanti, *fil rouge* cui il legislatore, individuandone la fonte e disciplinandone la procedura di accreditamento, ha assegnato il ruolo di parametro legale per la valutazione della colpa per imperizia del sanitario, in tutte le sue manifestazioni.

Le raccomandazioni previste dalle linee guida rilevanti e le buone pratiche clinico-assistenziali -due comparti di regole distinte aventi ciascuno un diverso grado di vincolatività<sup>4</sup> - nonostante il loro accreditamento e la loro formalizzazione sotto il profilo giuridico<sup>5</sup>, mantengono, tuttavia, inalterata la natura di mere raccomandazioni di ordine generale<sup>6</sup> in quanto flessibili, adattabili, prive di carattere precettivo, rispetto alle quali è fatta salva la libertà di scelta professionale del sanitario nel rapportarsi alla specificità del caso concreto, nelle sue molteplici varianti e peculiarità e nel rispetto della relazione terapeutica con il paziente.

La responsabilità 'medica', tradotta in questi termini, si riassumerebbe nella discrasia tra il comportamento concretamente tenuto dal professionista sanitario e le regole di condotta che governano questo determinato campo dell'agire umano<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> E. BATTAGLINI, *La colpa professionale dei sanitari*, in *Giustizia penale*, 1953, 503.

<sup>2</sup> D.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla L. 8 novembre 2012, n. 189.

<sup>3</sup> La previsione di un trattamento diverso e più favorevole-rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza-in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria è stata intesa quale misura «per restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della c.d. medicina difensiva», con ricadute positive sulla migliore tutela della salute dei pazienti nel rispetto dell'art. 32 Cost. (Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, in CED, n. 272174, su cui C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018, 246 ss.).

<sup>4</sup> Dalla lettura dell'art. 5, co. 1, l. n. 24/2017 emerge, infatti, che al medico è imposto, in primo luogo, di attenersi alle raccomandazioni contenute nelle linee guida, e, solo in mancanza di queste, di fare riferimento alle buone pratiche.

<sup>5</sup> Si è costruito un sistema 'legale' di accreditamento volto a inventariare le regole alle quali il sanitario è tenuto a informare la propria attività, articolato in due fasi: una verifica formale sul soggetto che ha elaborato le linee guida, al quale si impone il possesso di determinati requisiti, inclusa l'iscrizione in un apposito elenco (art. 5, co. 1 e 2); un controllo sostanziale sul contenuto delle raccomandazioni da accreditare e integrare nel Sistema Nazionale delle linee guida; in particolare, si tratta di una «verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti (...) nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni» (art. 5, co. 3). C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 755 ss.

<sup>6</sup> L'equiparabilità delle linee guida alle regole cautelari scritte è stato un tema fortemente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza e risolto dalla 'sentenza Ingrassia' del 2012 (Cass. pen., sez. 4, n. 35922, 19 settembre 2012, in CED n. 254618), che aveva affermato in quella sede il seguente principio: «In tema di responsabilità medica, le linee-guida-provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della miglior scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica di economicità-possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico; esse, tuttavia, avuto riguardo all'esercizio dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente. D'altro canto, le linee-guida, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee-guida».

<sup>7</sup> G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 238; C.

Si delinea, dunque, una concezione di colpa ‘medica’ parzialmente oggettivizzata e, in parte, disancorata dallo stato soggettivo-psicologico dell’agente.

Circa l’operatività della causa di non punibilità, di cui al secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p., è convinzione diffusa che, nonostante il silenzio della legge, la disposizione sottenda un’implicita gradazione della colpa e i dubbi sull’imprevedibilità e sull’incertezza

---

SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740 ss.

del relativo giudizio<sup>8</sup> sarebbero fugati dai criteri distillati nel tempo da dottrina e giurisprudenza<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Sul punto occorre ricordare il contrasto giurisprudenziale che era sorto in seno alla IV sezione della cassazione e risolto dalle ‘sezioni unite Mariotti’, (Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit.). I profili di incertezza che derivano «dall'impronta marcatamente normativa e priva di contenuto psicologico» che caratterizza l'ambito della colpa, figura soggettiva le cui problematiche sono destinate a risolversi nella valutazione che il giudicante esprime, era già stata rilevata nella ‘sentenza Cantore’ *sub* nota successiva. Il c.d. Decreto Balduzzi non aveva offerto nessuna definizione di colpa grave, che per parte della dottrina era da ritenersi «l'unica strada percorribile in vista di un contenimento del contenzioso penale in ambito sanitario lo insegnano le esperienze di altri ordinamenti» (S. PORRO, *La faute qualifiée nel diritto penale francese*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 1/2011, n. 1, 63 ss. In proposito occorre segnalare che la Francia ha da tempo introdotto una forma qualificata di colpa in ambito sanitario). Con la ‘sentenza Tarabori’, Cass. pen., sez. 4, 20 aprile 2017, n. 28187, in *CED*, 270213-270214, il nuovo parametro d'imputazione della colpa veniva così delineato: «Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità dell'esercente la professione sanitaria per i delitti di cui agli articoli 589 e 590 è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, purché pertinenti alle specificità del caso concreto e sempre che nella fase della loro attuazione l'esercente la professione sanitaria non sia incorso in colpa grave». Secondo la Suprema Corte che per prima aveva affrontato le problematiche insite nella novella, la non punibilità dell'imperizia grave da errore esecutivo contrasterebbe, in particolare, con la tutela del bene giuridico della salute, garantito dall'art. 32 Cost., scontrandosi, inoltre, con il principio di colpevolezza. Proprio in relazione a questo principio, secondo cui la responsabilità penale è personale, la cassazione richiama la propria giurisprudenza in materia di colpa e critica fortemente le imputazioni a titolo di responsabilità oggettiva, valorizzando l'istituto della c.d. causalità della colpa; osservando che «non è consentita l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla». La pronuncia puntualizza che tale soluzione interpretativa porta con sé una nuova regola di parametrizzazione della colpa, speciale per la classe medica, che si va ad aggiungere ai normali parametri di imputazione della responsabilità colposa ex artt. 589-590 c.p. Di contro, con la sentenza Cavazza’ (Cass. pen., sez. 4, 19 ottobre 2017, n. 50078, in *CED*, n. 270985), la Corte individua proprio nell'imperita applicazione di linee guida adeguate e pertinenti, il terreno d'elezione della causa oggettiva di non punibilità dell'art. 590-*sexies* c.p., lasciando residuo il caso di applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria (c.d. imperizia *in eligendo*). È proprio in riferimento all'adempimento ‘imperfetto’, che si registra il contrasto nell'ambito della quarta sezione. Le due sentenze indicate si confrontarono sul tema della gravità della colpa. La sentenza da ultimo citata riteneva astrattamente ammissibile l'applicazione della causa di non punibilità anche in caso di colpa grave, in base a una duplice argomentazione: il venir meno di ogni rilievo, nel testo della nuova norma, del grado della colpa, unitamente alla dichiarata finalità di attenuazione della responsabilità penale del medico cui sarebbe ispirata la nuova legge.

La ‘sentenza Mariotti’, chiamata a risolvere il contrasto sorto in seno alla 4 sezione, precisava che della ‘sentenza Tarabori’ fossero condivisibili le censure sollevate in ordine ai limiti applicativi della causa di non punibilità prevista nell'art. 590-*sexies*; della ‘sentenza Cavazza’, invece, veniva riconosciuto il pregio di un'interpretazione letterale della legge. Tuttavia, in entrambe le pronunce ravvisava errori interpretativi, la ‘sentenza Tarabori’ per non avere saputo rinvenire «alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità», prospettando, di fatto, una «interpretazione abrogatrice» e quello di non avere tratto le dovute conseguenze dalla rilevata «confusione della formulazione legislativa» e dalla sua «incongruenza interna», sollevando questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità. Quanto alla ‘sentenza Cavazza’, invece, le sezioni unite ne stigmatizzavano l'interpretazione restrittiva operata «valorizzata in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata», che amplificherebbe i dubbi relativi alla potenziale violazione del divieto di uguaglianza rispetto ad altre categorie di professionisti che operano parimenti con alti coefficienti di difficoltà tecnica. Le due sentenze della IV sezione sono state oggetto di numerosi contributi dottrinali tra i quali C. CUPELLI, *La Legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *penalecontemporaneo*, 13 giugno 2017; P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica, penalecontemporaneo.it*, 4 luglio 2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge ‘Gelli-Bianco’: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *archiviopenale.it*, 21 luglio 2017; M. CAPUTO, *‘Promossa con riserva’. Le Legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 724 ss.; F. CEMBRANI, *Su alcuni snodi critici della legge ‘Gelli-Bianco’*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 1 aprile 2017, 875; M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO e L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 29 ss.; C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite, in penalecontemporaneo*, 7 novembre 2017; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale*, in *Giur. pen.*, 4 dicembre 2017, 4 ss.; C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *penalecontemporaneo*, 2017, 210; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *penalecontemporaneo*, 1 marzo 2018, 248.

I caratteri della colpa lieve si reputano determinabili, sotto il profilo oggettivo, nel *quantum* di scostamento della condotta che ci si sarebbe attesi come quella utile; sotto il profilo soggettivo, nel grado di rimproverabilità della condotta, in ragione delle specifiche condizioni dell'agente.

La gravità della colpa viene valutata in concreto, avendo riguardo al parametro *dell'homo eiusdem professionis et condicionis*<sup>10</sup>.

Il presupposto di operatività della clausola di non punibilità risiederebbe nella causazione dell'evento per colpa da imperizia nel momento attuativo dell'esecuzione delle linee guida correttamente selezionate, cosicché-hanno affermato le sezioni unite Mariotti-: «il residuo dell'atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà (...) essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità»<sup>11</sup>.

La necessità, ai fini della non punibilità del sanitario, di una colpa di tenue entità, implicitamente evocata dall'art. 590 *sexies* c.p., sarebbe suggerita da una serie di indicazioni largamente presenti nel dettato normativo, dalla lettura dei lavori parlamentari, oltre che dalla esigenza di non pervenire a soluzioni costituzionalmente non conformi (quali, su tutte, la punibilità di errori lievi causati da negligenza o imprudenza, a fronte della non punibilità di violazioni per imperizia connotate da gravità), nonché dalle critiche già espresse dalla dottrina sotto la vigenza del Decreto d.l. Balduzzi e dallo stesso disposto dell'art. 2236 c.c.

In effetti, la creazione di un'area di non punibilità per circoscrivere la responsabilità del professionista sanitario<sup>12</sup> è strettamente connessa alla ragione ispiratrice della novella che dottrina e giurisprudenza concordemente individuano nel contrasto al fenomeno della c.d. medicina difensiva<sup>13</sup>.

Si registra, tuttavia, una tendenza ad ampliare i confini della responsabilità del sanitario, in particolare, rispetto all'evento idoneo a integrare il reato.

<sup>9</sup> Tra le molte si citano nuovamente le sentenze Cantore-cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237-e la sentenza Denegri-Cass pen., sez. 4, 11 maggio 2016, n. 23283-.

<sup>10</sup> Secondo la Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie, *Mancanze disciplinari nella libera professione, Diligenza richiesta al professionista sanitario* n. 2 e n. 3, 22 gennaio 2020, 10, «La diligenza nell'adempimento delle prestazioni professionali va valutata sulla scorta di quelle del debitore qualificato ex art. 1176 c. 2 c.c. è da sottolineare che mentre nel caso di obbligazioni comuni e dunque in relazione ad attività non professionali il parametro di riferimento è quello del buon padre di famiglia ossia di una persona di normale avvedutezza nelle ipotesi invece di obbligazioni professionali tra le quali rientra l'obbligazione del medico chirurgo l'art. 1176 c. 2 c.c. esige un accertamento più rigoroso: il professionista è in colpa non solo quando tenga una condotta difforme da quella che idealmente avrebbe tenuto nelle medesime condizioni il *bonus pater familias* ma anche quando abbia tenuto una condotta difforme da quella che avrebbe tenuto al suo posto un ideale professionista medio».

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit., 21.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit., 2

<sup>13</sup> La più significativa analisi del fenomeno svolta in Italia è stata condotta da un gruppo di ricercatori del Centro Studi «Federico Stella» (Il CSGP-Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica Criminale nasce nel 2008 nell'università Cattolica del Sacro Cuore di Milano con lo scopo di promuovere una ricerca teorica e applicata sui problemi della giustizia e della politica criminale. Il Centro è diretto dal professor Gabrio Forti e opera con il supporto di un Comitato scientifico) nel 2008 che propose di introdurre («Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico», in introduzione) una fattispecie autonoma dal titolo «Morte o lesioni come conseguenze di condotta colposa in ambito sanitario», finalizzata a interrompere «quel meccanismo vizioso che, nella vigenza dell'attuale normativa, ha consentito (e, per certi aspetti, favorito) il preoccupante aumento dei comportamenti di medicina difensiva». Il progetto di riforma prevedeva nei suoi punti essenziali di restringere il campo della responsabilità penale ai soli casi di colpa grave; una modifica delle previsioni in tema di consulenza e perizia nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto fatti di *medical malpractice*; un percorso di 'giustizia riparativa', alternativo al processo penale ordinario; l'introduzione di un obbligo assicurativo in capo a tutte le strutture sanitarie che rendano prestazioni sanitarie a favore di terzi; l'introduzione di una specifica previsione di legge dedicata al fenomeno del c.d. 'rischio clinico'. *Ibidem*, 47. Per un'analisi del progetto, v. G. FORTI, F. D'ALESSANDRO, Il 'Progetto di riforma' dell'Università Cattolica, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 311 ss.

Mutuando, infatti, alcuni criteri di giudizio tratti dal versante civilistico, l'accertamento della responsabilità sotto il profilo causale supera il limite dell'*exitus* e delle lesioni personali subite dal paziente, estendendosi a eventi ulteriori quali l'accelerazione del decesso, seppure irrimediabile, o la perdita di *chance* di sopravvivenza misurata in forma percentuale<sup>14</sup>.

D'altronde, l'interferenza di matrice civilistica sulla materia è indiscutibile in quanto è innanzitutto sulla base di quei paradigmi tipici del diritto civile, enucleabili dai principi generali della responsabilità del prestatore d'opera (art. 2236 c.c.) e della responsabilità da contratto sociale, che tradizionalmente poggiano i cardini della responsabilità del sanitario e, implicitamente anche le due riforme legislative del 2012 e 2017, che hanno, dapprima, introdotto e, poi, rivisitato le regole *speciali* sulla responsabilità medica.

Entrambe queste responsabilità appaiono, tuttora, più o meno larvamente, prodromiche ai fini della definizione dei confini giuridici entro i quali deve muoversi la valutazione della condotta del sanitario. Dall'art. 2236 c.c., infatti, si ritrae il criterio della valutazione del grado della colpa<sup>15</sup>, che nel decreto Balduzzi del 2012 costituiva il discrimine della rilevanza penale della condotta medica e principio implicito nella riforma del 2017<sup>16</sup>.

La misura soggettiva della colpa<sup>17</sup> rappresenta una categoria, in linea teorica, capace di fornire uno strumento di valutazione delle emergenze contestuali e personali, legate alle

<sup>14</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. 4, 15 febbraio 2021, n. 5800, in *CED*, n. 280924; Cass. pen., sez. 4, 8 novembre 2017 n. 50975, in *CED*, n. 271533.

<sup>15</sup> Il principio in punto di responsabilità del prestatore d'opera venne introdotto, dunque, nel sistema penale, in primo luogo, per circoscrivere la discrezionalità del giudizio e, in secondo luogo, in ragione di una prioritaria esigenza di coerenza all'interno dell'ordinamento, per cui se una condotta doveva ritenersi lecita sotto il profilo civilistico, non poteva essere rimproverabile sotto quello penale. L'art. 2236 c.c., assunto a paradigma di declinazione della responsabilità penale del sanitario, era coerentemente confinato alla colpa per imperizia, conformemente alla *ratio* della disposizione civilistica, interpretazione successivamente avallata dalla Corte cost., 22 novembre 1973, n. 166, consultabile su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

I corollari che derivavano dall'applicazione dell'art. 2236 c.c., consentivano di parametrare, secondo i canoni della colpa lieve, solo le condotte dalle quali fosse conseguita una lesione personale, piuttosto che il decesso del paziente, nei casi in cui l'errore si fosse verificato nel contesto di un quadro patologico complesso e passibile di esiti diversificati, o in un momento di particolare urgenza. Per contro, ove il pregiudizio alla salute si fosse verificato in una situazione non emergenziale, o denotata dall'assenza di problematiche di particolare difficoltà, o ancora, connotata da negligenza o imprudenza, i parametri di giudizio della condotta colposa sarebbero ritornati quelli ordinari, improntati alla regola della massima diligenza e prudenza, seguendo lo schema dell'agente modello o agente ideale. A una tendenza 'all'indulgenza' nei confronti della classe medica, che si era andata delineando fino agli ultimi anni '90, con l'applicazione dell'art. 2236 c.c. (Cass. pen., sez. 4, 2 ottobre 1990, n. 14446, in *CED*, n. 185685), ne seguì una di segno opposto (Cass. pen., sez. 4, 16 giugno 2005, n. 28617, in *CED*, n. 232447) che escludeva la possibilità di ricorrere all'art. 2236 c.c., evidenziando come l'accertamento dei fatti di rilevanza penale si fondasse su criteri non sussumibili nel sistema civilistico finalizzato al risarcimento del danno. Ne derivarono, nel periodo immediatamente antecedente alla prima riforma del 2012, due differenti orientamenti giurisprudenziali: il primo ne ribadiva l'inapplicabilità (Cass. pen., sez. 4, 21 giugno 2007, n. 39592, in *CED*, n. 237875); il secondo, pur respingendo la possibilità di ricorrere supinamente ai canoni indicati dalla medesima disposizione civilistica, ne restringeva il campo di operatività, applicandola ai soli addebiti connotati da imperizia, qualora il caso concreto imponesse soluzioni di problemi di speciale difficoltà (Cass. pen., sez. 4, 5 aprile 2011, n. 16328, in *CED*, n. 251960).

Espunto l'art. 2236 c.c. dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per effetto del criterio di razionalità del giudizio che esprime (Cass. pen., sez. 4, 22 novembre 2011, n. 4391, in *CED*, n. 251941; Cass. pen., sez. IC, 5 aprile 2011, n. 16328, in *CED* n. 251960; cfr. Cass. pen., S.U., sent. 8770/2018, cit., 12).

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., sent. 8770/2018, cit., 12.

<sup>17</sup> Nell'ambito della copiosa bibliografia sulla misura soggettiva, si segnalano i contributi di A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011, 19 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave, in Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna, 2013, 183 ss. e M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, *ivi*, 231 ss.; di recente, anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa* (diritto penale), in *Enc. dir.*, Annali. X, Milano, 2017, 243 ss. e M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2021 (con opportuni riferimenti, al paragrafo 8, all'art. 3-bis del d.l. 44/2021). Da ultimo, per una accurata riflessione su definizione, ruolo e potenzialità della colpa grave nel diritto penale si rinvia a P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed*

difficoltà contingenti in cui l'operatore sanitario è chiamato a svolgere la propria attività di cura e assistenza. Questo accertamento fa leva sull'applicazione della clausola generale contenuta nell'art. 2236 c.c. che, in presenza di «problemi tecnici di speciale difficoltà» della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo o colpa grave. Sebbene superato dalla giurisprudenza penale, che lo ha ridotto al rango di mero criterio di ragionevolezza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia<sup>18</sup>, i principi che regolano la responsabilità del prestatore d'opera hanno rappresentato le basi per la formulazione della regola del grado della colpa, inserita all'art. 3 del 'Decreto Balduzzi'<sup>19</sup>, che implicitamente rimandava all'art. 2236 c.c., sebbene tale disposizione non fosse stata espressamente richiamata nel testo definitivo<sup>20</sup>.

Il 'contatto sociale'<sup>21</sup>, invece, si delinea, sotto il profilo esegetico, quale fondamento giuridico della posizione di garanzia assunta dal medico, che rappresenta la base del giudizio in ordine all'imputazione causale, ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.

---

*effettività della tutela penale*, Milano, 2022.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., sent. 8770/2018, § 10.2, cit.; un recente esito innovativo, in tema di individualizzazione del giudizio di colpa nel settore della sicurezza del lavoro, in Cass. pen., sez. I, 8 ottobre 2020 (dep. 13 gennaio 2021), n. 1096, V.F., in *Giur. it.*, 2021, con nota di D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*.

<sup>19</sup> A mente del quale: «L' esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

<sup>20</sup> Questa formulazione è stata, tuttavia, modificata in sede di conversione del decreto nella legge dell'8 novembre 2012, n. 158, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* il 10 novembre ed entrata in vigore l'11 novembre 2012. Il testo precedente alle modifiche era il seguente: «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale».

<sup>21</sup> Si tratta di un principio coniato in ambito civilistico che si deve alla storica sentenza emessa dalla terza sezione della Corte di cassazione civile, 22 gennaio 1999, n. 589, pronuncia in cui esordisce, in tema di colpa medica, il dibattuto concetto della responsabilità da contatto sociale, che si tradurrebbe in obblighi di protezione nei confronti di chi sulla relativa professionalità abbia fatto affidamento, entrando in 'contatto' con l'operatore sanitario. A partire da questa pronuncia si afferma il principio di diritto per cui il medico risponde a titolo contrattuale ex art. 1218 c.c., in forza del cosiddetto 'contatto sociale qualificato' che si instaura tra lui e il paziente. La giurisprudenza ha ritenuto di discostarsi dal precedente orientamento che tradizionalmente definiva la responsabilità medica nei termini di una «convergenza o del cumulo di forme diverse di responsabilità», l'una a carico della Casa di cura che rispondeva a titolo contrattuale della prestazione eseguita dal medico, l'altra, residuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., a carico del medico nelle ipotesi in cui avesse arrecato un danno al paziente compromettendone la salute. Il medico non era vincolato contrattualmente con il paziente. La sent. 589/1999 cit. affermava che non fosse logico ritenere che il medico dovesse rispondere per aver compiuto qualcosa che non era lecito compiere, ma per non avere compiuto qualcosa che era obbligato a compiere (in senso critico, su tale pronuncia, F. Di CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3333 ss.; A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?* ivi, c. 3338 ss.). Si era altresì ribadito che, anche in assenza di una formale rapporto derivante da contratto, intercorresse con il medico «un fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico», ex art. 1173 c.c., al di là dell'alternativa contratto-fatto illecito. Si tratterebbe di una fonte atipica di obbligazione e il rapporto che il paziente intrattiene con il medico sarebbe tale da obbligarlo a eseguire la prestazione dovuta. Richiamandosi al concetto di 'contatto sociale', la Corte di cassazione aveva precisato che per contatto sociale dovesse intendersi un rapporto che nasce da contatto intervenuto tra medico e paziente, al di là dell'esistenza di un contratto. Nei confronti di un medico ospedaliero la responsabilità troverebbe il suo fondamento in un contatto sociale qualificato instaurato con la presa in carico del paziente da parte del sanitario, contatto da cui scaturirebbero obblighi di protezione che comportano una responsabilità contrattuale del medico ai sensi dell'art. 1218 c.c. (in dottrina, C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Aa.Vv.*, *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, 1, Milano, Giuffrè, 1995, 147 ss., ora in *ID.*, *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> edizione, Milano, Giuffrè, 2006, 443 ss.). La soluzione prospettata da Cass. 589/1999 cit. non superava tuttavia alcune considerazioni critiche sollevate dalla dottrina in ordine alla natura dell'obbligazione derivante da contatto sociale, che doveva ritenersi assimilabile a una forma di responsabilità contrattuale priva della prestazione dovuta, dal momento che il medico non è tenuto alla guarigione del paziente ma solo a garantirne lo stato di salute, facendo in modo che

Le incongruenze, le incertezze, le problematiche giuridiche e applicative che erano già emerse con la precedente disciplina, non paiono, allo stato, essere state superate<sup>22</sup>.

L'interpretazione nomofilattica ha assegnato all'art. 590-*sexies* c.p. la natura di inedita causa di non punibilità, per i fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 c.p., reati ai quali il primo comma della disposizione rimanderebbe integralmente<sup>23</sup>, destituendo di qualsiasi valore il primo comma della disposizione, considerato unanimemente privo di contenuto novellante. Nondimeno, quest'ultimo meriterebbe di essere indagato.

Il presente contributo intende sperimentare un'interpretazione della disposizione rubricata «responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario» tesa a valorizzare il primo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., declinando la specialità dello statuto penalistico dell'attività sanitaria, alla luce delle coordinate rinvenibili nell'intervento legislativo del 2017 e delle finalità a esso sottese per offrire un alcuni spunti di riflessione sulle conseguenze che ne deriverebbero in sede applicativa e che potrebbero investire il giudizio sull'identità del fatto, con ricadute anche sulla prescrizione del reato.

## 2. Lo statuto speciale della responsabilità sanitaria per morte o lesioni personali

non subisse danno o pregiudizio dalla propria condotta (in senso critico sulla configurabilità di una forma di responsabilità da contatto sociale, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 192 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione 'protettiva'*, in Europa e diritto privato, 2015, 1 ss.). I profili problematici relativi alla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità medica, sono continuati a rimanere aperti, fino all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco che all'art. 7 prescrive al terzo comma, che «l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente». Dunque, abbandonando definitivamente l'incerto concetto di 'contatto sociale', laddove non vi sia un'obbligazione sorta da contratto tra paziente e medico, quest'ultimo risponderà sempre per responsabilità extracontrattuale. Questa disposizione ha determinato il superamento dell'indeterminato concetto di 'contatto sociale' in quanto, laddove non vi sia un'obbligazione sorta da contratto tra paziente e medico, quest'ultimo risponderà sempre a titolo di responsabilità extracontrattuale. R. CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra 'contatto sociale' e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, 3559 ss. Anche nella giurisprudenza amministrativa più recente, la responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa viene inquadrata nella responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., escludendosi che il rapporto che si instaura tra P.A. e privato sia riconducibile a una forma di contatto sociale qualificato (Cons. Stato, ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in senso adesivo, E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 30 luglio 2021, che declina le ragioni che conducono a escludere la configurabilità di una responsabilità da contatto sociale della P.A. nell'esercizio della funzione amministrativa). Sulla impostazione di una responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., per la violazione da parte della P.A. dei canoni di correttezza e buona fede, Cass., sez. un. civ., sez. un. ord. 28 aprile 2020, n. 8236, in *CED* n. 657613-01; Id., 15 gennaio 2021, n. 615, *ivi*, n. 660216-01.

<sup>22</sup> Sui limiti strutturali dell'art. 590-*sexies* c.p. C. CUPPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1969 ss. Una completa ricostruzione del nuovo modello di responsabilità introdotto dalla legge n. 24 del 2017 in M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017, 344 ss.; M. L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, Roma, Aracne, 2021, 71 ss. e D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 2021, 81 ss. Per una recente disamina dello stato della responsabilità penale in ambito sanitario a cinque anni dalla legge n. 24 del 2017, con ampia illustrazione dei principali dubbi interpretativi e degli orientamenti giurisprudenziali, v. anche F. BASILE-P.F. POLI, *La responsabilità per 'colpa medica' a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1/2022, 78 ss.

<sup>23</sup> P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 marzo 2017, 3/2017; v. anche C. CUPPELLI, *Alle porte una nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 gennaio 2017, 1/2017 nonché P.F. POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 febbraio 2017, 2/2017. v. pure, Cass. pen., sez. 4, 19 ottobre 2017, n. 50078; Cass. pen., sez. 4, 20 aprile 2017, n. 28187; Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770.

Il legislatore del 2017 ha inteso rifondare lo statuto penale della responsabilità medica, partendo dall'introduzione nel sistema di una nuova fattispecie incriminatrice, l'art. 590-*sexies* c.p.

Parafrasando la celebre 'sentenza Mariotti'<sup>24</sup>, sulla scia della tendenza di tipizzazione di modelli di colpa all'interno del codice penale<sup>25</sup>, l'art. 6 l. 24/2017, nel primo comma, ha introdotto l'art. 590-*sexies* c.p., contenente la nuova disciplina speciale sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario e, nel secondo comma, ha abrogato la previgente disciplina extra-codice, nell'ottica di una più compiuta perimetrazione della colpa medica.

La Legge Gelli-Bianco non deroga i ricordati principi generali, bensì opera sul terreno della specificazione, inquadrando l'area della non punibilità sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti tramite una formulazione normativa che metabolizza la giurisprudenza che su di essa ha edificato un complesso apparato ricostruttivo del precetto di cui all'art. 590-*sexies* c.p..

Con specifico riguardo al primo comma di questa disposizione, anche sulla scorta delle statuizioni della 'sentenza Mariotti'<sup>26</sup>, la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto una posizione pressoché unanime<sup>27</sup> nel dichiararlo apertamente mera *disposizione-tappeto* alla quale sarebbe assegnata la sola funzione di introdurre il comma seguente, dal contenuto effettivamente novellante.

Al di là della rilevata non felice formulazione del precetto, il primo comma non conterrebbe nulla di *innovativo* in quanto prevedere l'applicabilità degli artt. 589 e 590 c.p. nelle ipotesi di colpa medica sarebbe una puntualizzazione ultronea che attinge alla sfera dell'ovvietà.

Intanto, questa opzione interpretativa non sembra aderente a un principio ermeneutico acquisito, secondo cui nell'interpretazione della legge, a meno che il significato letterale sia tale da escludere ogni altro significato, non può attribuirsi al legislatore di avere avuto l'intenzione di porre in essere un testo legislativo privo di contenuto normativo immediato<sup>28</sup>.

A un'analisi più attenta, poi, il primo comma della nuova fattispecie non appare del tutto

<sup>24</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit.

<sup>25</sup> Vale la pena osservare come la riforma Gelli-Bianco che ha introdotto la disposizione in argomento sembra porsi sulla stessa lunghezza d'onda della l. 23 marzo 2016, n. 41, che ha introdotto gli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. La *ratio* sottesa alla l. 41/2016 era rinvenibile nella necessità di dare un assetto normativo idoneo a regolamentare specificamente in maniera indipendente dalle generali figure colpose di omicidio e lesioni i reati che conseguono alle condotte colpose, caratterizzate dalla violazione della disciplina della circolazione stradale. In particolare, la norma di cui all'art. 589-*bis*, comma 1, riproduce quanto già previsto dal capoverso dell'art. 589 c.p., che puniva l'omicidio colposo «commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale», inciso che, per evidenti ragioni di coordinamento, è stato soppresso dalla riforma (art. 3, lett. c), della l. 41/2016). Sul piano dogmatico, entrambe le fattispecie hanno natura giuridica autonoma (cfr. Cass. pen., sez. 4, 14 giugno 2017, n. 29721, in *CED*, n. 270918/1). Militano in tal senso la collocazione sistematica delle stesse inserite agli artt. 589 *bis* c.p. e 590 *bis* c.p., dotate di una rubrica inequivoca, «omicidio stradale» e «lesioni personali stradali gravi o gravissime». Il legislatore del 2016, inoltre, nell'art. 590-*quater* c.p. ha riconosciuto implicitamente la natura di fattispecie autonoma alla previsione di cui all'art. 589-*bis*, comma 1, definendo «aggravanti» le sole previsioni contemplate nei commi 2-6 dell'art. 589-*bis* (cfr. Cass. pen., sez. 4, 11 maggio 2018, n. 21061).

<sup>26</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit.

<sup>27</sup> P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 marzo 2017, 3/2017; v. anche C. CUPPELLI, *Alle porte una nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *penalecontemporaneo*, 16 gennaio 2017, fasc. 1/2017 nonché P.F. POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2017, 2/2017. Cass. pen., sez. 4, 19 ottobre 2017, n. 50078, cit.; Cass. pen., sez. 4, 20 aprile 2017, n. 28187, cit.; Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit.

<sup>28</sup> Cass. civ., sez. lav., 9 novembre 1981, n. 5927, in *Giust. civ.*, 1982, I, 22 ss.

privo di contenuto novativo sia sotto il profilo della natura del reato, sia sotto quello della sua configurazione.

Deve procedersi partendo, in primo luogo, dal termine adoperato nella disposizione che significativamente si riferisce ai ‘fatti’<sup>29</sup> e non utilizza la diversa locuzione di ‘reati’<sup>30</sup>.

Sul punto, d'altronde, sempre la ‘sentenza Mariotti’ aveva puntualizzato come proprio muovendo dall’interpretazione letterale della norma non poteva non riconoscersi che il legislatore avesse coniato una inedita causa di non punibilità per i ‘fatti’ da ritenersi inquadrabili nel paradigma dell’art. 589 o di quello dell’art. 590 c.p.<sup>31</sup>.

La locuzione ‘fatti’, adoperata al primo comma dell’art. 590 *sexies* c.p.<sup>32</sup>, sembra sancire l’autonomia della nuova fattispecie di «Responsabilità per morte o lesioni personali in ambito sanitario» rispetto ai reati ai quali la stessa rimanda al dichiarato (ed esclusivo) fine di individuare le pene applicabili.

D’altro canto, l’espressione evoca gli elementi costitutivi del reato, secondo il modello tripartito (fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza), o quello quadripartito (fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza, punibilità).

Compendiando le più generali definizioni offerte dalla dottrina in ordine all’elemento del ‘fatto’, può concludersi che questo sia l’insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato, quale specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici<sup>33</sup>.

Secondo l’orientamento prevalente<sup>34</sup>, il ‘fatto’ è innanzitutto l’accadimento storico che,

<sup>29</sup> Art. 590-*sexies*, co. 1, c.p.: «Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste».

<sup>30</sup> La distinzione tra ‘fatto’ e ‘reato’ è stata parzialmente sminuita da Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, in *CED* n. 273934/2, chiamata a pronunciarsi sul criterio di riferimento per l’individuazione del *tempus commissi delicti* nei reati a evento differito. La sentenza, richiamandosi alla giurisprudenza costituzionale, pur avendo ribadito che il significato della lettera della norma impugnata «non può essere valicato neppure per mezzo dell’interpretazione costituzionalmente conforme» e, dunque, impedisce di conseguire in via interpretativa «l’effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *CED* 36294/0) nondimeno ha affermato che se prioritario, nel senso indicato, è «l’esame delle connotazioni testuali della norma» (Cass., sez. un., 30 novembre 2017, n. 3464, in *CED*, n. 271831/0); tale esame non esonera certo il giudice dalla ricerca di tutti i possibili significati rinvenibili nel testo: all’interno di quello che, in ambito civile, è stato indicato come il limite di «tolleranza ed elasticità del significante testuale» (Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *CED*, n. 617905/1; *id.*, 23 dicembre 2014, n. 27341, in *CED*, n. 633927/1). In altri termini, stando alle sezioni unite 40986/2018 cit. l’interprete deve esplorare a fondo le potenzialità linguistiche della disposizione legislativa, individuandone-anche alla luce del sistema normativo in cui è inserita-tutti i possibili e coerenti significati autorizzati dal testo. Il dato letterale, in conclusione, è l’oggetto prioritario dell’attività interpretativa e ne segna il limite ‘esterno’; limite che deve essere individuato con particolare rigore nella materia penale, in considerazione del peculiare valore rivestito, rispetto ad essa, dalla riserva di legge, come messo in luce dalla giurisprudenza costituzionale nell’accezione recepita dall’articolo 25 Cost.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit., 9.

<sup>32</sup> «Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria (...)».

<sup>33</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 6 ed., Milano, 2022, 239.

<sup>34</sup> Con il superamento della tradizionale concezione bipartita classica del reato, che lo scomponesse in soli due elementi, uno oggettivo (forza fisica) e uno soggettivo (forza morale)-v. G. DELITALA, *Il ‘fatto’ nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 5 ss.-, modello che ancora oggi pare mantenere una sua validità in ambito giurisprudenziale, attualmente la teoria maggiormente condivisa dalla dottrina è quella tripartita che scompone il reato nei tre elementi fondamentali-fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza-v. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 107 ss.; A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel ‘900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Saggi, 6/2015, 173 e ss.; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 189; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, 7 ed., Bologna, 2014, 157; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 10 ed., Milano, 127; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1983, 1190 ss.; G. MARINUCCI, tuttavia, ha successivamente accolto una sistematica del reato quadripartita, inserendo accanto ai tre elementi fondamentali richiamati, anche il quarto della ‘punibilità’-v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit. 236 e 239; C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2020, 187. L’inserimento della categoria della punibilità all’interno degli elementi costitutivi dell’illecito penale, si fonda sull’assunto per cui «la pena è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto ad ogni altra

nella struttura del reato, assume lo stesso significato del termine ‘fattispecie’, ossia un avvenimento concreto che corrisponde all’ipotesi normativa astratta<sup>35</sup>. In questo senso sarebbe del tutto condivisibile la teoria dottrinale, accolta in giurisprudenza, che considera il primo comma della disposizione in questione una mera replica di quanto già previsto nella previgente disciplina della responsabilità medica.

Sembra, tuttavia, prospettabile una diversa interpretazione del termine (‘fatto’) che, attingendo al suo significato originario, precede la tipicità giuridica. Affrancato dallo schema legale di una specifica figura di reato, il ‘fatto’, così inteso, si traduce nell’accadimento materiale<sup>36</sup> di ordine naturale, letto in termini storico-naturalistici<sup>37 38</sup>.

L’espressione ‘fatto’, interpretata in senso stretto<sup>39</sup>, indicherebbe il complesso degli elementi costitutivi oggettivi del reato che, a seconda della natura dell’imputazione, sono

---

figura di illecito: è dunque la stessa fisionomia del reato a reclamare una sistematica che collochi la punibilità tra gli elementi del reato». Dello stesso F ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, L. CONTI (a cura di), 15 ed., Milano, 2003, 213: «(...) La tripartizione non può essere seguita. Il suo principale difetto consiste nel degradare l’antigiuridicità da elemento costitutivo del reato a requisito autonomo del fatto delittuoso, mentre ne costituisce la natura intrinseca, il carattere essenziale». Nella dottrina tedesca si veda K. AMELUNG, *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Rox.*, in *Juristenzeitung*, 1982, 617 ss. Riportandosi alle più generali definizioni offerte dalla dottrina in ordine all’elemento del ‘fatto’, questo si traduce nell’insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato, quale specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici.

<sup>35</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 3 e 197; A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel ’900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Saggi*, 6/2015, 173 e ss; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 223; *contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 9 ed, Milano, 2020, 247 ss; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1983, 1190 e ss; G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato, ivi*, 1984, 529 e ss; SPASARI, *Fatto e reato nella dogmatica del codice e della Costituzione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1991, 1104; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1992, 152.

<sup>36</sup> Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200, consultabile su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>37</sup> Con la sentenza della Grande Camera 10 febbraio 2009, caso Sergey Zolotukhin contro Russia, la Corte EDU è giunta a un approdo definitivo e organico nei criteri di giudizio per stabilire l’identità del fatto, stabilendo che l’art. 4 del protocollo n. 7 deve essere interpretato nel senso che il reato è il medesimo se i fatti che lo integrano sono identici oppure sostanzialmente gli stessi. L’identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 22 novembre 2018, n. 52606, in *CED*, n. 275518; *id.*, SU, 28 settembre 2005, n. 34655, in *CED*, n. 231799.

<sup>38</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 235, definisce il fatto come «l’insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici». È «l’insieme delle circostanze concrete che coinvolgono l’imputato e che sono legate tra loro nel tempo e nello spazio» -rapportato alla configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi-condotta, evento, nesso causale-, comprese le circostanze di tempo, di luogo e di persona. Il reato, invece, viene definito dagli Autori che ne offrono una sistematica quadripartita-cfr. nota 36 che precede-come «fatto umano, antigiuridico, colpevole e punibile»: la punibilità rappresenterebbe il quarto elemento costitutivo autonomo dell’illecito penale, utilizzata come categoria destinata a ricomprendere «l’insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l’opportunità di punirlo»; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 179 e ss; vedi anche A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel ’900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Saggi*, 6/2015, 173 e ss.

<sup>39</sup> Sulla c.d. concezione estensiva del fatto, come complesso di tutti gli elementi dai quali dipende la punibilità, e, in generale, sul ruolo eterogeneo del concetto di fatto in diritto penale, cfr. A. PAGLIARO, voce *Fatto*, (diritto penale), in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 951 ss.; G. FIANDACA, voce *Fatto*, cit., 152 ss.; V. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, in *Raccolta degli scritti*, 1, Milano, 1976, 24 ss.: «Intorno a questo concetto regna ancora oggi la più grande disparità di opinioni, ed il termine viene assunto, a seconda dei diversi autori, nelle accezioni più disparate: per gli uni starebbe ad indicare soltanto l’elemento materiale del torto, per altri l’elemento materiale più il requisito dell’antigiuridicità, per altri, infine, tanto l’elemento materiale quanto quello soggettivo o psichico. E non mancano neppure alcuni autori che identificano sic et simpliciter il concetto di ‘fatto’ con quello di reato»; A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel ’900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Saggi*, 6/2015, 173 e ss.

connotati da dolo o colpa, mentre per ‘fattispecie’<sup>40</sup> dovrebbe intendersi l’insieme degli anzidetti elementi e di ogni altro requisito, primo fra tutti, l’elemento soggettivo del reato, che condizionerebbe l’applicabilità della sanzione.

In questo senso, la locuzione ‘fatti’ adoperata dal legislatore avrebbe un significato diverso dal semplice e immediato rimando ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., che porrebbe il primo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. in necessaria connessione con il secondo comma della stessa disposizione.

Il disposto normativo del primo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. ha un’indubbia portata precettiva e un significato, chiaro e univoco, che preclude un’interpretazione che possa modificare la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono<sup>41</sup>.

D’altro canto, alla luce delle finalità sottese alla riforma<sup>42</sup>, la causa di non punibilità-come affermato ancora dalla ‘sentenza Mariotti’-non appare scindibile dalla norma incriminatrice in quanto concorre a definirne il contenuto attraverso l’enunciazione di una regola di condotta che si traduce in una specificazione dei precetti penali generali in tema di lesioni personali colpose o omicidio colposo<sup>43</sup>.

Il secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p.<sup>44</sup> attribuisce alla condotta che abbia rispettato le linee guida o, in assenza di queste, le buone pratiche correttamente individuate, la finalità di segnare il confine tra il fatto (punibile in sede penale) da cui scaturisca uno dei due eventi alternativamente richiesti dalla norma incriminatrice - lesioni o decesso del paziente - e l’illecito di sola rilevanza civilistica, a prescindere dalla gravità dell’errore per imperizia, eventualmente commesso.

In linea con l’interpretazione accolta sempre dalla ‘sentenza Mariotti’, si delineano elementi di segno negativo che definiscono la condotta penalmente rilevante, desumendoli dalla fisionomia di elementi positivi ritraibili dalla causa di non punibilità: l’aver agito nel rispetto delle linee guida, correttamente individuate, accede al secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p.; di contro, la violazione di quelle regole rappresenta il nucleo del fatto criminoso

<sup>40</sup> Con tale espressione, diversamente da altra parte della dottrina italiana che la utilizza come sinonimo di ‘fatto’, si intende l’insieme degli elementi che condizionano l’applicabilità della sanzione, solo in parte coincidenti con quelli costitutivi del fatto di reato, adoperando quest’ultimo termine nel senso tecnico di settore particolare della fattispecie. Per una distinzione tra la nozione di fatto e quella di fattispecie nel senso del testo, cfr. A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Saggi*, 6/2015, 173 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. 2, part. 1, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, 141; G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965, 1 ss.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. civ., 1, 6 aprile 2001, n. 5128, Rv. 545665-01, secondo cui «nell’ipotesi in cui l’interpretazione letterale di una norma di legge (...) sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro e univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l’interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercè l’esame complessivo del testo, della ‘mens legis’, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l’elemento letterale e l’intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, sì che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all’equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all’interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l’effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all’interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono (...)». Nei medesimi termini, Cass. civ., 3, 4 ottobre 2018, n. 24165, *ivi*, Rv. 651130-01.

<sup>42</sup> Ossia scongiurare il fenomeno della medicina difensiva, attraverso la previsione di una causa di non punibilità e tutelare, dall’altro, il diritto alla salute, confinandovi le sole condotte giudicate imperite, all’esito di un esame complessivo della vicenda e della sua comparazione con le regole a essa pertinenti, indicate nelle linee guida.

<sup>43</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit., 9.

<sup>44</sup> Art. 590-*sexies*, co 2, c.p.: «qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida (...) ovvero (...) dalle buone pratiche sempre che (...) risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

sanzionato con le pene previste dai precetti generali di lesioni e di omicidio colposi.

Si tratta, dunque, di un reato che, diversamente dalle fattispecie ‘comuni’ di lesioni e omicidio colposo, sembra presentare i caratteri tipici dei reati di evento a forma vincolata<sup>45</sup> in quanto la norma incriminatrice specifica, seppure per via deduttiva, le modalità di produzione del risultato lesivo.

Mentre nei reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p.-reati causali puri-la tutela del bene giuridico protetto viene estesa in modo da ricomprendere tutte le possibili modalità di aggressione<sup>46</sup>, nel caso dell’art. 590-*sexies* c.p. se ne circoscrive la punibilità alle sole condotte negligenti e imprudenti o imperite nella scelta delle linee guida che abbiano violato determinate regole di condotta, indicate nel precetto penale, in tal modo distinguendo le tre gradazioni della

---

<sup>45</sup> G. FIANDACA-E MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 254. Nell’ambito dei reati di evento, si opera una ulteriore distinzione tra reati di evento a forma vincolata e reati di evento a forma libera, a seconda se sia stata o meno specificata la modalità di produzione dell’evento.

<sup>46</sup> «Chiunque cagiona, per colpa, la morte di una persona; chiunque cagiona ad altri, per colpa, una lesione personale (...)».

colpa<sup>47</sup> fino a conferire all'imperizia un grado qualitativamente diverso<sup>48</sup>.

<sup>47</sup>Con l'entrata in vigore dell'art. 590-*sexies* c.p. la responsabilità del sanitario, da sempre ricondotta, anche successivamente all'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco, nel caso di condotta omissiva, nella categoria dei reati omissivi impropri, attraverso la nuova incriminazione, potrebbe trovare ingresso nell'ambito della categoria dei reati omissivi propri. Occorre precisare come si profilano due differenti criteri distintivi in base ai quali è possibile qualificare la natura omissiva o commissiva della condotta. Il primo è il criterio normativo, detto anche criterio della regola cautelare violata, la condotta è omissiva quando la regola è un comando, cioè la pretesa di un *facere*, è attiva invece quando la regola è un divieto, cioè la pretesa di *non facere* (cfr. C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione, nota a cass. pen., sez. Iv, 16 giugno (22 luglio) 2011, Lavarà, n. 29476 in penalecontemporaneo*, 12 dicembre 2011; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2004, 313). Un secondo criterio di distinzione è, invece, naturalistico, detto anche criterio della reale efficacia condizionante, la condotta è attiva quando il soggetto pone in essere un fattore che innesca il processo causale sfociante nell'evento lesivo. Ancora, la condotta è attiva quando il fattore realizzato dal medico non innesca il decorso causale, ma lo accelera soltanto. La condotta è, invece, omissiva quando il soggetto non pone in essere un fattore ostacolante il decorso causale già esistente, ontologicamente, *in rerum natura* e capace di produrre autonomamente l'evento lesivo (cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 962). Ammettendo che il mancato impedimento dell'evento integri una condotta di natura omissiva ne conseguirebbe riconoscere che la norma violata da una tale condotta dovrà essere solo un comando di azione e non un divieto (Sul processo di conversione delle originarie fattispecie di divieto in nuove e autonome fattispecie di comando, cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 72 e ss; G. GRASSO, *Il reato omissivo struttura obiettiva della fattispecie*, 1983, Milano, 5 e 124 ss.). La classificazione del reato in argomento tra i reati omissivi impropri è stata recentemente ribadita dalla giurisprudenza (v. Cass. pen., sez. 4, 19 gennaio 2022, n. 2154), aderendo alla scuola di pensiero che traccia la linea di demarcazione tra le due forme di illecito omissivo, proprio o improprio, rintracciandola nella presenza dell'evento, come elemento strutturale del fatto-reato. Sono propri quei delitti omissivi che consistono nel mancato compimento dell'azione che la legge penale comanda di realizzare, per cui l'omittente è responsabile per non averla posta in essere, a prescindere dal realizzarsi o meno dell'evento (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, L. CONTI (a cura di), cit., 264).

Eppure, tradizionalmente, secondo un diverso orientamento, nella categoria dogmatica del reato omissivo improprio si attribuisce rilevanza decisiva alla carenza di una previsione legislativa espressa del fatto delittuoso, nascendo invece dal combinarsi della clausola generale contenuta nell'art. 40 cpv. con le norme di parte speciale, direttamente incentrate su un reato di azione e trasformate in fattispecie omissive, per via di interpretazione giudiziale (cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 619; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, Rapporto italiano al Colloquio preparatorio del XIII Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale sul tema «*Infractions d'omission et responsabilité pénale pour omission*», Urbino 7-10 ottobre 1982, pubblicato in *Arch. Pen.*, 1983, 3 e ss; 12; G. GRASSO, *Il reato omissivo, struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 3; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 56 ss, 376 ss, 389 e ss; *contra*, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 290 riconducono alla categoria dei reati omissivi impropri, i reati nei quali la legge incrimina il mancato compimento di una azione giuridicamente doverosa imposta per impedire il verificarsi di un evento costitutivo del fatto. Sui problemi di tipizzazione legislativa degli illeciti omissivi impropri; vedi anche A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 245 e ss; A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Saggi*, 6/2015, 173 e ss; C.F. GROSSO-M. PELLISSERO-D. PETTRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 223 ss; JESCHECK, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen*, in *Festschrift für H. Trondle*, Berlin-New York, 1989, 795 ss).

Se si aderisce questa impostazione dottrinale, e si accogla la natura omissiva del reato in argomento come violazione del comando, l'inserimento della nuova incriminazione, nell'ambito della categoria dei reati omissivi propri, escluderebbe l'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., in quanto la condotta sarebbe espressamente tipizzata nella relativa fattispecie di reato, consentendo, altresì, di epurare la responsabilità penale del medico dal concetto civilistico del contatto qualificato, anacronistico fondamento dell'obbligo di garanzia del professionista nei confronti del paziente.

<sup>48</sup> M. DONINI, (diretto da), *Reato colposo*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, Milano, Giuffrè, 2021; A. DE LIA, *La 'colpa medica': dal tramonto del modello 'Balduzzi' all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile 'pulp'*, in *Questiti*, Archivio penale, 2017, n. 2, 12; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla legge Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, 4, 53 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 2, 195 ss; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. Pen.*, 2014, 1, 3 ss; Cass. pen., sez. 4, 15 aprile 2014, n. 22281; *id.*, 22 maggio 2016, n. 23283, annotata da C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico, tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della cassazione (e rischi della riforma alle porte)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016.

È stato estremamente dibattuto se l'esonero da responsabilità per colpa lieve previsto dall'art. 3 cit., dovesse applicarsi, oltre che alle condotte imperite, anche alle condotte imprudenti o neglienti. Cass. pen., sez. 4, 11 marzo

Ai fini della configurabilità del reato, pertanto, l'evento deve essere realizzato con determinate modalità, da un soggetto qualificato al quale il precetto è rivolto-e, dunque, sotto questo profilo, si delinea quale reato proprio<sup>49</sup> stante lo stretto legame intercorrente tra la speciale qualifica rivestita dal soggetto agente e il bene giuridico assunto a oggetto di protezione penale<sup>50</sup>-caratterizzato da un regime della colpa<sup>51</sup> del tutto peculiare, intermedio

2013, n. 11493; Corte cost., ord., 6 dicembre 2013, n. 295 (ordinanza che nel dichiarare la manifesta inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale della norma, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, co. 2, 27, 28, 32, 33 e 111 Cost., dal Tribunale di Milano, avallava l'interpretazione restrittiva della norma: «(...) Occorre considerare come nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto-in accordo con la dottrina maggioritaria-che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia (...)»); è alla luce delle due pronunce indicate e in particolare modo della 'sentenza Cantore' (sentenza che rappresenta una delle primissime applicazioni della nuova norma in cui è stato affermato «non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della vivace, tormentata giurisprudenza in tema di responsabilità medica. È mancata l'occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie») che, alla vigilia della riforma, aveva elaborato i criteri idonei a guidare il giudizio nella valutazione della gravità della colpa, osservando altresì che la nuova legge «trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia», che si formò un orientamento rimasto per molto tempo maggioritario, che sosteneva l'applicabilità della non punibilità sancita dall'art. 3 cit. solo nei casi di imperizia, considerata l'unica regola cautelare che potesse riguardare l'osservanza o meno delle linee guida: *ex plurimis*, Cass. pen., sez. 4, 11 aprile 2014, n. 15495; id., 20 marzo 2015, n. 16944, in CED, n. 263389; id., 27 aprile 2015, n. 26996, in CED, n.263826; id., 28 maggio 2015, n. 27185; id., 9 luglio 2015, n. 32756. Seguendo la 'sentenza Cantore'-Cass. pen., sez. 4, 29 gennaio 2013, n. 16237, in CED, n. 255105-che si poneva in linea con la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria che ritenevano che le linee guida potessero riguardare solamente regole di perizia.

Alla vigilia della riforma, la giurisprudenza di legittimità si era attestata nel senso di non confinare lo spazio di valutazione della colpa grave alla sola ipotesi dell'imperizia, in presenza di una condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche, cfr. Cass., sez. 4, 6 giugno 2016, n. 23283, in CED, n. 266903.

Sulla sostanziale equiparazione tra le tre differenti regole cautelari, già storicamente sostenuta negli ultimi anni '60 da autorevole dottrina (v. sul punto I. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 641, ripresa successivamente da G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4).

Sul concetto di 'imperizia mascherata' v. P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *penalecontemporaneo*, 24 aprile 2015; M. CAPUTO, *'Flauto magico'? Linee-guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *penalecontemporaneo*, 16 luglio 2012, p. 1 ss.; E. AMATI, *Colpa medica e diritto penale. I nuovi confine delineati dalla legge Gelli-Bianco*, in *ilforomaltesiano*, 2017, n. 2, 7 ss.).

In ultimo, la giurisprudenza accolse l'orientamento minoritario che allargava l'area di operatività dell'art. 3 del 'decreto Balduzzi', in tal senso si sono espresse, Cass. pen., sez. 4, 9 ottobre 2014, n. 47289, in CED, n. 260739-260740; id., 1 luglio 2015, n. 45527, in CED, n. 264897; id., 6 giugno 2016, n. 23283, in CED, n. 266903.

La riforma Gelli-Bianco ha definitivamente collocato il parametro di valutazione della condotta del medico nell'alveo delle ipotesi connotate da imperizia, ai fini dell'eventuale operatività del comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p., escludendo totalmente la negligenza e l'imprudenza dal suo ambito di applicazione.

<sup>49</sup> Sul punto si consideri che l'art. 12, c. 3, della L. 11 gennaio 2018, n. 3 ha inserito all'art. 590, quarto comma, c.p. un aggravamento di pena per i fatti di lesioni colpose gravi o gravissime, commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte medica, con ciò circoscrivendo la norma di cui all'art. 590-*sexies* c.p. ai soli casi in cui la condotta sia commessa da un professionista sanitario abilitato.

<sup>50</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 288.

<sup>51</sup> In proposito, ossia sulla posizione intermedia che assume la colpa da responsabilità del sanitario, occorre osservare come, con riguardo al criterio di prevedibilità dell'evento (che costituisce, insieme alla sua evitabilità, il criterio di individuazione delle misure precauzionali da adottare nelle diverse situazioni concrete, una volta che sia insorto o che stia per insorgere il pericolo – v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 569 ss; in senso parzialmente difforme, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, L. CONTI (a cura di), cit., 371, ove si legge: «Non crediamo che l'essenza della colpa possa ravvisarsi nella mancata previsione del risultato prevedibile, perché esiste la colpa cosciente e perché nei casi derivanti da inosservanza di leggi e regolamenti, la mancata previsione del risultato dannoso non ha valore decisivo». Per l'Autore, in particolare, il criterio della prevedibilità rimane la migliore guida rispetto ai casi di colpa generica, ma non esplicherebbe alcuna funzione nei casi di colpa specifica, v. 376 e 377), mentre la fonte delle regole precauzionali di natura sociale-imprudenza, negligenza o imperizia-si radica in un dovere obiettivo di diligenza, per cui il contenuto della regola cautelare viene a specificarsi in rapporto all'evento da evitare (M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 633; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 52). A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 356. Nella colpa specifica, che ha fonte normativa, l'inosservanza

tra colpa generica e colpa specifica, consistente nella violazione di regole cautelari codificate, senza natura specifica e dal contenuto elastico<sup>52</sup>.

Nonostante sia riconosciuta la possibilità in capo al professionista sanitario di disattendere le regole scientifiche positivizzate ragione per cui è stata esclusa la natura di colpa specifica<sup>53</sup> nell'inosservanza delle linee guida solo nel caso in cui non se ne discosti<sup>54</sup>, sarà astrattamente applicabile la causa di non punibilità prevista dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p.

Le regole di diligenza che sul versante del reato causalmente orientato con evento naturalistico<sup>55</sup>, rappresentano la cristallizzazione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento e costituiscono i tradizionali criteri di individuazione delle misure precauzionali da adottare nelle diverse situazioni concrete nel contesto sanitario sono rappresentate dalle linee guida rispetto alle quali, in ragione della natura elastica che è a esse attribuita, il professionista è chiamato, di volta in volta, a svolgere un rinnovato giudizio di prevedibilità

---

delle regole scritte di condotta postula un giudizio prognostico sul pericolo e sui mezzi atti a evitare l'evento dannoso che è compiuto dall'autorità che pone la norma scritta. La natura istituzionale e pubblicistica delle linee guida pare indiscutibile e porterebbe a ritenere la norma in disamina astrattamente rientrante nella categoria della colpa specifica per la specifica inosservanza di ordini e discipline che contengono norme indirizzate a una cerchia ristretta di soggetti destinatari e possono essere emanati sia da autorità pubbliche, come nel caso di responsabilità sanitaria, come anche da enti privati. D'altronde il tenore testuale dell'art. 590-*sexies*, introdotto dalla legge 24/2017, nella parte in cui fa riferimento alle linee-guida, è assolutamente inequivoco nel subordinare l'operatività della disposizione all'emanazione di linee-guida «come definite e pubblicate ai sensi di legge». La norma richiama, come già osservato, l'art. 5 della l. 24/2017 che detta, come è noto, un articolato *iter* di elaborazione e di emanazione delle linee-guida. La complessità delle linee guida, così come intese dal legislatore, emerge dall'inevitabile conflitto tra certezza e legalità, da un lato, e libertà terapeutica dall'altro, condizione da cui è dipeso, nella sostanza, la loro esclusione dalla gamma delle ipotesi di colpa specifica. Sulla natura istituzionale delle linee guida, B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, Pacini, 2017; F. GELLI-M. HAZAN-D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2017; A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, Giappichelli, 2018; C. BOTTARI (a cura di), *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria*, Bologna, BUP 2019; F. VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, Zanichelli, 2018; G. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2018; M. DONINI, (diretto da), *Reato colposo*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, Milano, Giuffrè 2021.

<sup>52</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 416, vedi anche 422 ss. Sono regole cautelari a contenuto elastico quelle che fanno dipendere l'individuazione della regola di condotta dalle circostanze del caso concreto. Su cui G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 578.

<sup>53</sup> Autorevole dottrina, nel tracciare i confini tra la colpa generica e la colpa specifica, ha rilevato come nella colpa specifica la semplice difformità della condotta concreta dalle regole scritte basterebbe a fare presumere l'esistenza della colpa, con la conseguenza che l'evento tipico cagionato da quella condotta verrebbe a essere attribuito all'agente solo sul presupposto del rapporto di causalità. In altri termini, la responsabilità colposa sarebbe degradata a responsabilità oggettiva, più o meno occulta. Così, G. MARINUCCI, *la colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 2 e 5. In senso contrario, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, L. CONTI (a cura di), cit., 375, il quale afferma che qualora l'agente abbia usato tutte le precauzioni espressamente sancite dall'autorità, non potrà rispondere dell'evento anche se questo era prevedibile. L'inosservanza delle norme precauzionali sancite espressamente dall'autorità, concreta di per sé quell'imprudenza o negligenza che costituisce il nucleo essenziale della colpa. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit. 366.

<sup>54</sup> Le cautele osservate non possono giungere fino al punto di pregiudicare, nei suoi aspetti essenziali, il comportamento autorizzato, G. MARINUCCI, *la colpa per inosservanza di leggi*, cit., 177; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del cd rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino Ist. dir. e proc. pen. Univ. Pavia, 1960-61*, 89; F.B. GIUNTA, *La normatività della colpa, lineamenti di una teoria in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 102; V. MILITELLO, *rischio e responsabilità penali*, Milano, 1988, 55 ss.

<sup>55</sup> Nel reato causalmente orientato con evento naturalistico, che rappresenta il più importante modello di responsabilità colposa, il contenuto della regola cautelare si individua in rapporto all'evento da scongiurare: azione tipica è quella che, nel complesso degli atti compiuti da un soggetto e causalmente collegati con l'evento, per prima, dia luogo a una situazione di contrarietà con la regola di condotta a contenuto preventivo, cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 198 ss; M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 634.

ed evitabilità teso a verificare la congruità della regola applicata.

### 3. La pluralità fenomenica dell'evento, nel reato di cui all'art. 590-sexies c.p.

Le considerazioni che precedono propongono un ulteriore e più significativo profilo di indagine, con riguardo agli eventi enunciati dal primo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., attraverso il rimando agli artt. 589 e 590 c.p.

Le differenze strutturali immediatamente riscontrabili fra le fattispecie 'comuni' di omicidio colposo e lesioni personali colpose e la nuova ipotesi di «Responsabilità per morte o lesioni personali in ambito sanitario» si delineano con chiarezza sul fronte dell'evento costituente reato.

Si è già osservato come il contenuto descrittivo della condotta criminosa prevista dall'art. 590-*sexies* c.p. si desuma dalla lettura combinata di entrambi i commi della disposizione, per cui l'inosservanza delle raccomandazioni indicate nelle linee guida o il mancato rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali rappresenta il fulcro del reato che, tuttavia, si perfeziona con la produzione di uno dei due eventi di danno che vi sono alternativamente contemplati (*i.e.*, morte o lesione personale).

L'analisi dei principi coniati dalla giurisprudenza di legittimità evidenzia come il criterio guida adottato per definire il perimetro della responsabilità penale in ambito sanitario tenda ad attribuire alla natura colposa della condotta del professionista sanitario, nei termini sopra esposti, il ruolo di *focus* del reato<sup>56</sup> capace di esplicare un effetto estensivo che assegna rilevanza penale a eventi naturalmente differenti da quelli tipici delineati negli artt. 589 e 590 c.p. e di chiara matrice civilistica, ricomprendendoli nella categoria dei 'fatti' integranti la fattispecie di «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario *ex* art. 590-*sexies* c.p.» in quanto sussumibili nella lesione del 'bene vita'<sup>57</sup> protetto.

Attingendo da istituti tipici del versante civile, l'evento del reato supera la soglia della tipicità degli accadimenti reali che si riconnettono alle fattispecie dei delitti di lesioni personali colpose e omicidio colposo, estendendosi alla sottrazione di una maggiore durata

<sup>56</sup> Quanto si sta sostenendo trova conferma nel principio ormai consolidato in sede di legittimità per cui, in tema di errore diagnostico, questo si configura non solo quando, in presenza di uno o più sintomi di una malattia, non si riesca ad inquadrare il caso clinico in una patologia nota alla scienza o si addivenga ad un inquadramento erroneo, ma anche quando si ometta di eseguire o disporre controlli ed accertamenti doverosi ai fini di una corretta formulazione della diagnosi: *in terminis*, Cass. pen., sez. 4, 28 maggio 2019, n. 23252, in *CED*, n. 276365; id., 8 novembre 2017, n. 50975, cit.; id., 18 dicembre 2014, n. 21243, in *CED*, n. 263492; id., 28 ottobre 2008, n. 46412, in *CED*, n. 242250- concernente fattispecie nella quale una diagnosi errata e superficiale, formulata senza disporre ed eseguire tempestivamente accertamenti assolutamente necessari, era risultata esiziale. Nel solco di tale giurisprudenza si è ritenuto che risponde di lesioni personali colpose il medico ospedaliero che, omettendo di effettuare i dovuti esami clinici, abbia dimesso con la diagnosi errata di gastrite un paziente affetto da patologia tumorale, così prolungando per un tempo significativo le riscontrate alterazioni ed uno stato di complessiva sofferenza, di natura fisica e morale, che abbiano favorito un processo patologico che, se tempestivamente curato, sarebbe stato evitato o almeno contenuto: v. Cass. pen., sez. 4, 15 febbraio 2021, n. 5800, in *CED*, n. 280924; id., 14 ottobre 2009, in *CED*, n. 246161.

<sup>57</sup> È responsabile il medico che colposamente non si attivi e contribuisca con il proprio errore diagnostico a che il paziente venga conosciuta di una malattia tumorale, anche a fronte di una prospettazione della morte ritenuta inevitabile, laddove, nel giudizio controfattuale, vi sia l'alta probabilità logica che il ricorso ad altri rimedi terapeutici, o all'intervento chirurgico, avrebbe determinato un allungamento della vita, in quanto bene giuridicamente rilevante, anche se temporalmente non molto esteso, Cass. pen., sez. 4, 8 novembre 2017 n. 50975, cit.

della vita, ossia all'accelerazione o all'anticipazione dell'*exitus*<sup>58</sup>, anche a fronte della prospettazione di una morte inevitabile e alla sua maggiore intensità lesiva<sup>59</sup>.

Anche sul fronte della causalità giuridica, i principi che informano le regole del giudizio controfattuale<sup>60</sup> subiscono un evidente ripermetro. Dovendosi confrontare con eventi atipici e, per certi versi, in concreto indeterminabili, il meccanismo controfattuale si è dovuto ricalibrare e ha potenziato la sua natura di giudizio ipotetico, sorretto dai cardini della probabilità logica e della credibilità razionale. Assunto nei termini dell'accelerazione del *exitus* o della perdita di *chance*<sup>61</sup> di sopravvivenza misurata in forma percentuale, l'evento finale prodotto<sup>62</sup> diventa il fisiologico sviluppo di un *iter criminis* la cui eziologia è difficilmente riscontrabile.

Il rischio che ne discende è quello di svincolare l'evento dalla condotta, soprattutto, nelle ipotesi a evento differito caratterizzate da un significativo iato temporale<sup>63</sup> tra la condotta ritenuta colposa e il successivo accadimento prodotto.

In altri termini, anche attendendosi a un orientamento giurisprudenziale che appare consolidato, sembra che una volta che sia stata accertata la natura colposa della condotta la verifica dell'evento riassunto nel perimetro, puramente astratto, di una sopravvivenza che consenta supposte scelte terapeutiche future e ipoteticamente in grado di procurare la guarigione o di incrementare speranze di vita<sup>64</sup>, si traduca nel suo sviluppo prevedibile e, dunque, idoneo a integrare il reato.

Se con la 'sentenza Franzese'<sup>65</sup> i margini del giudizio di ascrizione dell'evento alla

<sup>58</sup> *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. 4, 22 marzo 2022, n. 9705, in *CED*, n. 282855; id., 15 febbraio 2021, n. 5800, in *CED*, n. 280924; id., 8 novembre 2017, n. 50975; id., 19 luglio 2017, n. 50975, in *CED*, n. 271533; id., 11 ottobre 2011, n. 36603.

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. 4, 15 febbraio 2021, n. 5800, in *CED*, n. 280924; id., 8 novembre 2017 n. 50975, in *CED*, n. 271533: «In tema di omicidio colposo, sussiste il nesso di causalità tra l'intempestiva diagnosi di una malattia tumorale e il decesso del paziente, anche a fronte di una prospettazione della morte ritenuta inevitabile, laddove dal giudizio controfattuale risulti l'alta probabilità logica che la diagnosi tempestiva avrebbe consentito il ricorso a terapie atte a incidere positivamente sulla sopravvivenza del paziente, nel senso che la morte si sarebbe verificata in epoca posteriore o con minore intensità lesiva». Cass. pen., sez. 4, 5 maggio 2011, n. 36603, precedente a entrambe le riforme, Balduzzi e Gelli-Bianco ma di fatto insuperata sul punto che segue: «C'è responsabilità penale anche quando l'omissione del sanitario contribuisca alla progressione del male».

<sup>60</sup> Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, cit., secondo cui nel giudizio controfattuale il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di elevata probabilità logica, a sua volta fondato su un ragionamento deduttivo basato sulle generalizzazioni scientifiche e su un giudizio di tipo induttivo circa il ruolo salvifico della condotta omessa, tenendo presente la caratterizzazione del fatto storico e le particolarità del caso concreto. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 244 ss.; C.F. GROSSO-M. PELLISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 269 ss; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 299; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 265 ss.

<sup>61</sup> Cass. pen., sez. 4, 19 gennaio 2022, n. 2154.

<sup>62</sup> È responsabile il medico che colposamente non si attiva e contribuisca con il proprio errore diagnostico a che il paziente venga conosciuta di una malattia tumorale, anche a fronte di una prospettazione della morte ritenuta inevitabile, laddove, nel giudizio controfattuale, vi sia l'alta probabilità logica che il ricorso ad altri rimedi terapeutici, o all'intervento chirurgico, avrebbe determinato un allungamento della vita, in quanto bene giuridicamente rilevante, anche se temporalmente non molto esteso: Cass. pen., sez. 4, 8 novembre 2017 n. 50975, cit.

<sup>63</sup> Cass. pen., sez. 4, 16 marzo 2021, n. 10152, in *CED*, n. 280954.

<sup>64</sup> L'indirizzo pretorio che si è illustrato è stato solo di recente parzialmente disatteso da una parte della giurisprudenza che ha valorizzato l'efficacia salvifica delle cure omesse. V. Cass. pen., sez. 4, 22 marzo 2022, n. 9705; id., 21 luglio 2021, n. 28182, in *CED*, n. 281737; id., 4 marzo 2020, n. 10175, in *CED*, n. 278673; id., 9 aprile 2019, n. 24372, in *CED*, n. 276292.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. 4, 3 ottobre 2002, n. 38334, in *CED*, n. 222138.

condotta restringevano il campo della responsabilità del sanitario, sottoponendola alla verifica che fosse stata quella condotta omissiva a determinarlo nei termini di elevata credibilità razionale o probabilità logica, allo stato quella verifica causale si ridimensiona nell'emersione di elementi che ne innestino un fondato dubbio.

Questa interpretazione nomofilattica pare diluire la condizionalità necessaria dell'omissione fino a degradare l'evento quasi a una sorta di condizione obiettiva di punibilità - in particolare, nelle ipotesi in cui vi sia un significativo iato temporale tra l'omissione e l'evento, come nei casi di ritardata o errata diagnosi - e, pertanto, rischia di non collimare con i principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e della responsabilità personale (artt. 25, c. 2, e 27, c. 1, Cost.), né di essere in linea anche con la stessa *ratio* della Legge Gelli-Bianco.

L'intenzione del legislatore del 2017 di restringere i confini della responsabilità medica in sede penale<sup>66</sup>, infatti, emerge, come è stato rimarcato dall'arresto delle Sezioni Unite del 2018<sup>67</sup>, sia dall'aver introdotto dei parametri oggettivi di orientamento nel giudizio (*i.e.* le linee guida), sia dall'aver previsto una specifica causa di non punibilità che, indirettamente, definisce la condotta punibile. In favore di un restringimento del regime giuridico della colpa medica, milita il riconoscimento in ambito civile della natura extracontrattuale del rapporto medico-paziente che, nel rafforzare la necessità del nesso causale tra la condotta omissiva e il danno, pone a carico del paziente l'onere di dimostrarlo.

#### 4. La problematica perimetrazione dell'*idem factum*

Sotto il profilo dell'evento del reato di cui all'art. 590-*sexies* c.p. è stato più volte ribadito come il primo comma della disposizione, nel riferirsi ai 'fatti' - morte o lesioni personali - rinvii alle fattispecie di omicidio colposo o lesioni personali colpose ai fini della determinazione della pena applicabile.

Le due figure criminose, una di danno e l'altra di evento, l'una a tutela dell'incolumità individuale e l'altra a tutela del più rilevante bene giuridico della vita, fattispecie non sovrapponibili, in ambito sanitario frequentemente si realizzano in forma di progressione criminosa.

<sup>66</sup> Cass. pen., sez. 4, 3 febbraio 2021, n. 4063, in, *altalex*, secondo cui la disciplina di cui alla l. 24/2017 ha modificato i termini del giudizio penale, imponendo al giudice, non solo una compiuta disamina della rilevanza penale della condotta ascrivibile al medico alla luce dei parametri costituiti dalle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali, ma prima ancora una indagine che tenga conto dei medesimi parametri allorché si accerti quello che sarebbe stato il comportamento alternativo corretto che ci si doveva attendere dal sanitario, in funzione dell'analisi controfattuale della riferibilità causale alla sua condotta dell'evento lesivo. Ne segue che l'errore, di per sé, non vale a tradursi nell'immediato riconoscimento della responsabilità penale; nelle ipotesi di omicidio o lesioni colpose in campo medico, deve necessariamente farsi luogo a un'analisi controfattuale che deve essere svolta dal giudice in riferimento alla specifica attività richiesta al sanitario o che si assuma idonea, se realizzata, a scongiurare o ritardare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi (Cass. pen., sez. 4, 13 giugno 2014, n. 30469, in *CED* n. 262239-01).

<sup>67</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, cit. 10: «Appare oggi diversamente che in passato, direttamente connesso, l'intervento del legislatore, con la ragione ispiratrice della novella, che è quella di contrastare la cd medicina difensiva (...) e creare un'area non punibilità che valga a restituire al sanitario la serenità dell'affidarsi alla propria autonomia professionale e, per l'effetto, ad agevolare il perseguimento di una garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute».

Ciò avviene, soprattutto, nelle ipotesi di ritardata o omessa diagnosi, allorché l'aggravamento della patologia del paziente sia riconducibile alla condotta del sanitario o per l'inosservanza delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali o, comunque, a causa di omissioni o condotte attive negligenti, imprudenti o imperite, nei limiti di quanto è disposto dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p. disposizione in disamina.

Alla luce delle superiori considerazioni e di quanto illustrato in ordine all'alternatività degli eventi contemplati dall'art. 590-*sexies* c.p., che pone il suo *focus* nella violazione delle regole di condotta ascrivibili al sanitario, occorre esaminare il reato sotto il profilo dell'*idem factum* e, più precisamente, del giudizio di *idem factum* nelle ipotesi a evento differito, caratterizzate da una progressione criminosa.

La definizione di *idem factum* offerta dalla Corte costituzionale<sup>68</sup> rappresenta il fulcro dei più recenti approdi giurisprudenziali intervenuti in tema di *bis in idem* e responsabilità del sanitario.

Muovendo dai principi enucleati dalle pronunce emesse in applicazione della Convenzione EDU in tema di *bis in idem*, che recepiscono l'orientamento del più favorevole criterio dell'*idem factum*, anziché la più restrittiva nozione di *idem* legale, la Consulta ha chiarito come 'il fatto', da intendersi come *idem* storico, «di per sé, vada definito secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento».

In questa prospettiva, il fatto è «l'accadimento materiale, frutto di un addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi<sup>69</sup>», come tale, nella sua dimensione empirica, la nozione di 'fatto' non può confinarsi alla sola azione od omissione, ma deve necessariamente comprendere anche l'evento naturalistico che ne è conseguito<sup>70</sup>.

All'unicità della condotta non corrisponderebbe, dunque, la 'medesimezza' del fatto laddove non si riscontri la coincidenza di tutti gli elementi storico-naturalistici nella triade condotta-nesso di causalità-evento naturalistico. In altri termini, il fatto è diverso se da quell'unica condotta sia scaturito un nuovo evento naturalistico.

È sulla base di questa concezione di *idem factum*, che la Corte di cassazione<sup>71</sup> ha potuto recentemente affermare che non sussiste violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7<sup>72</sup> - che

<sup>68</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *CED*, n 3. La Consulta precisa i confini del 'fatto' nei termini che seguono: «Non vi è alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sua dimensione empirica si restringa all'azione o all'omissione e non comprenda anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente. Sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico».

<sup>69</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, cit.

<sup>70</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 722 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 299; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 135 ss.

<sup>71</sup> Cass. pen., sez. 4, 16 marzo 2021, n. 10152, cit., che ha escluso la corrispondenza tra fatto storico-naturalistico contestato nel processo penale definito con sentenza irrevocabile di estinzione per prescrizione del reato di lesioni colpose gravissime e il fatto di omicidio, atteso che pure essendo sovrapponibile la condotta e un segmento di nesso causale, è diverso l'evento-la morte-e il nesso di causalità rispetto alla condotta originariamente ascritta, nonostante l'irreversibilità della patologia.

<sup>72</sup> Pare significativo che il concetto di 'elementi essenziali' sia stato variamente e spesso utilizzato dalla Corte EDU

sancisce il principio del divieto di *bis in idem* - nel caso in cui l'imputato, già giudicato per il reato di lesioni colpose gravissime, sia chiamato a rispondere, in relazione alla stessa condotta, del reato di omicidio colposo stante la diversità riscontrabile tra i due eventi, di morte del paziente e di lesioni personali<sup>73</sup>, fatto salvo il principio della detrazione, applicabile in sede di irrogazione della pena<sup>74</sup>.

Secondo questa interpretazione, la realizzazione del reato di lesioni personali in ambito sanitario può comportare l'attribuzione del secondo reato di omicidio colposo, nei termini dell'*id quod plerumque accidit*, anche laddove l'evento<sup>75</sup> ulteriore, inteso quale accadimento naturale che modifica la realtà esterna - il decesso del paziente-, rappresenti la fase

---

come criterio di giudizio per stabilire l'identità del fatto. Nel fare applicazione dei trattati e degli strumenti internazionali che sanciscono il divieto del *bis in idem*, la Corte EDU ha constatato come i termini adoperati nei diversi ordinamenti non siano gli stessi e che non vi sia esatta corrispondenza tra le locuzioni 'stessi fatti' o 'stessi atti', da un lato, e 'stesso reato', dall'altro. Nel ribadire che la Convenzione EDU debba interpretarsi in modo da rendere pratici ed effettivi i diritti in essa riconosciuti, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'utilizzo del termine «*offence/infraction*» nell'art. 4 del Protocollo n. 7, non giustifica un approccio di tipo restrittivo e che debba essere interpretato nel senso che il reato è il medesimo se i fatti che lo integrano sono identici o sostanzialmente gli stessi. Ne discende che per 'fatto' debba intendersi l'insieme degli elementi concreti che coinvolgono lo stesso imputato, intrinsecamente legati tra loro nel tempo e nello spazio, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di ottenere una condanna o avviare un procedimento penale. Sul concetto di identità del fatto, la Corte EDU è giunta a un approdo definitivo e organico con la sentenza del 10 febbraio 2009, n. 14939/03, caso di Sergey Zolotukhin v. Russia, in motivazione si afferma che: «l'esistenza di una varietà di metodi per verificare se il reato per cui un soggetto è perseguito sia lo stesso reato per il quale costui è già stato definitivamente condannato o assolto, genera incertezza giuridica incompatibile con il diritto a non essere processati due volte per lo stesso reato. La Corte ritiene che l'uso della parola 'reato' nel testo dell'articolo 4 del protocollo n. 7 non può giustificare l'interpretazione di coloro che aderiscono ad un approccio più restrittivo. Ribadisce che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in un modo da rendere i diritti in essa sanciti pratici ed efficaci, non teorici e illusori». La giurisprudenza successiva alla sentenza del 2009 relativa al caso Zolotukhin si è articolata in una serie di pronunce che, partendo dalla nozione di *idem factum*, ha verificato volta per volta, sulla base di approccio casistico, l'identità formale o sostanziale dei fatti posti alla base degli addebiti mossi, assumendo quale parametro l'insieme delle circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio.

<sup>73</sup> Cass. pen., sez. 5, 14 gennaio 2022, n. 1363, secondo cui non ricorre l'*idem factum* tra lesioni personali e omicidio preterintenzionale in quanto il fatto concreto di cui all'art. 584 c.p. è caratterizzato dall'evento morte assente nel delitto di lesioni personali. «La scelta normativa di prevedere due distinti reati e non un'aggravante del delitto base rientra nell'insindacabile discrezionalità legislativa». Questa pronuncia ha ribadito come, in tema di 'secondo giudizio', le nozioni di '*bis in idem*' processuale e sostanziale non coincidano, in quanto la prima, più ampia, ha riguardo al rapporto tra fatto storico, oggetto del giudicato, e il nuovo giudizio e, prescindendo dalle eventuali differenti qualificazioni giuridiche, preclude una seconda iniziativa penale, laddove il medesimo fatto, nella sua dimensione storico-naturalistica, sia stato già oggetto di una pronuncia di carattere definitivo; la seconda, invece, concerne il rapporto tra norme incriminatrici astratte e prescinde dal raffronto con il fatto storico. Cass. pen., sez. 7, 1 ottobre 2020, in CED, n. 28774.

<sup>74</sup> Il giudice del secondo procedimento è tenuto ad assicurare mediante un meccanismo di compensazione che «l'importo complessivo delle sanzioni» irrogate sia proporzionato alla gravità dei reati complessivamente considerati.

<sup>75</sup> L'evento del reato, tradizionalmente, in senso naturalistico viene identificato nell'effetto naturale del comportamento umano; mentre, in senso giuridico, consiste nell'offesa o nell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto dall'ordinamento. L'evento del reato quale risultato esteriore causalmente riconducibile all'azione è così definito da gli Autori A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 197; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 233, e F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, L. CONTI (a cura di), cit., 229. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 258, lo definiscono quale accadimento spazialmente e temporalmente separato dall'azione che da questa deve essere causato. In questi termini, F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento del reato*, Milano, 1928, 73; F. GRISPIGNI, *L'evento costitutivo del reato*, in *Annali*, 1934, 857 (v. anche *Dir. pen. it.*, v. 2, 59 ss.); D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 118 ss.; N. MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 445; I. CARACCIOLI, voce *Evento*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss. Fra i seguaci della minoritaria e sostanzialmente abbandonata concezione giuridica, V.G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., 163; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 1968, 324; BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Milano, 1962, 55; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 348.

conclusiva di una fisiologica progressione criminosa.

Da una o più condotte omissive - piuttosto che commissive - inizialmente produttrici di lesioni personali (es: una tardiva diagnosi tumorale), non è infrequente che la patologia oggetto di una contestata o tardiva erronea diagnosi, si evolva nel decesso del paziente. In questo caso l'evento potrebbe ritenersi già ricompreso nell'art. 590-*sexies* c.p., se i due eventi *ivi* descritti fossero interpretati in senso alternativo, quali espressione di una unitarietà normativo-sociale del fatto, di uno stesso disvalore penale, a fronte dell'unicità della condotta e della progressione criminosa degli eventi che ne scaturiscono<sup>76</sup>.

Deve peraltro aggiungersi che, se è vero che il primo comma della disposizione menziona congiuntamente i due eventi di morte e lesioni personali [morte 'e' lesioni], il titolo della rubrica li contempla, invece, in via alternativa [morte 'o' lesioni].

*Rubrica legis non est lex*, per cui in caso di controversia o incomprensione tra il titolo di una legge e il contenuto della legge stessa non si deve tenere conto del titolo<sup>77</sup>.

Se si aderisse, però, alla tesi che si sta prospettando, ossia che sia frutto di una valutazione del legislatore quella di voler fare convergere entrambi i delitti in una figura criminosa composita<sup>78</sup> in quanto espressione di un disvalore unitario, potrebbe inferirsene che la Legge Gelli-Bianco abbia operato, di fatto, una fusione dei reati di lesioni personali colpose e omicidio colposo all'interno della nuova fattispecie, a cui potrebbe attribuirsi natura di reato complesso *ex art. 84 c.p.*<sup>79</sup> o, nei casi di decesso del paziente, di reato eventualmente

<sup>76</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 125 ss. più diffusamente in punto di chiarezza della norma incriminatrice e sua interpretazione cfr. anche 91 e ss; C.F. GROSSO-M. PELLISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 610 ss.

<sup>77</sup> Cfr., però, Corte costituzionale, 23 aprile 1986, n. 108, consultabile su *giurcost.*, secondo cui sebbene le espressioni del titolo della legge e delle rubriche non abbiano forza cogente per l'interprete esse non possono considerarsi completamente prive di significato, specialmente quando si debba compiere una scelta di qualificazione del regime giuridico di un istituto, con i conseguenti riflessi anche di ordine terminologico.

<sup>78</sup> In tema di unitarietà o pluralità di reati nel sistema penale, la dottrina e la giurisprudenza si dividono tra posizioni formalistiche e impostazioni maggiormente ispirate a giudizi di valore. Le prime, ritenendo indispensabile il rispetto delle scelte operate dal legislatore, reputano che l'interprete non possa spingersi oltre il senso della legge e che, pertanto, si debba limitare ad applicare le norme vigenti, laddove non sussistono criteri legislativi utili alla mitigazione del trattamento della pluralità di reati. V.G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 416 ss., il quale tenta di limitare quanto più possibile i casi in cui non è possibile il riscontro di un concorso apparente di norme, restringendoli ai casi di specialità bilaterale per aggiunta. L'orientamento contrario, invece, ritiene che la questione dell'unità o pluralità di reati debba tener presente, in particolare, il principio di ragionevolezza; ne consegue che è giustificato il ricorso a criteri di valore, che consentano di riconoscere un'unità di reati anche laddove la stretta applicazione delle norme di legge imporrebbe un concorso di reati. Sul punto, il riferimento è, in primo luogo, alle posizioni dottrinali pluralistiche, che ritengono il principio di specialità insufficiente a risolvere tutti i problemi relativi al concorso apparente di norme. Anche Autori che risolvono la questione con il riferimento a parametri formalistici, però, non escludono del tutto scelte di valore. In particolare, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit, 387 ss., ritiene che il principio fondamentale del *ne bis in idem* costituisca il fondamento dell'intera disciplina dell'unità o pluralità di reati e che in base ad esso vadano ricostruiti correttamente, i rapporti tra fattispecie.

<sup>79</sup> Sul punto, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 262; PIACENZA, *Nozione e contenuto del reato complesso*, in *Riv. pen.*, 1936, 965; U. PIOLETTI, *Profili del reato complesso*, in *Riv. pen.*, 1937, 1192, richiamandosi alla dottrina tedesca, afferma che si tratta di un'unica fattispecie legale da considerare come una morsa che tiene uniti e riassume i singoli elementi che la costituiscono. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 366 insiste sul carattere unitario del reato complesso da considerare come un qualcosa di unitario «solidamente fuso e tale da distruggere in pieno tutte le caratteristiche delle singole entità componenti». Si veda anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit, 722 e ss per i quali «la funzione pratica cui assolve l'art. 84, è quella di evitare che l'interprete sia indotto ad applicare il regime del concorso di reati laddove il legislatore abbia proceduto ad una unificazione normativa di fatti che integrerebbero autonome fattispecie incriminatrici». La definizione del reato complesso come reato composto è la traduzione dell'espressione tedesca *Zusammengesetzte*

progressivo<sup>80</sup> stante il necessario passaggio dal reato minore a quello di maggiore gravità, con la conseguenza che, in ogni caso, il secondo reato dovrebbe ritenersi assorbente, nei termini della consunzione<sup>81</sup>.

Nella fattispecie risultante dalla prospettata unificazione normativa, infatti, non si rilevano solamente tratti comuni tra due reati differenti, né può ritenersi che il reato di lesioni colpose sia il mero presupposto del successivo reato di omicidio colposo, per cui la duplicazione della qualificazione giuridica che determina l'assorbimento di due distinti reati, entrambi contestabili e punibili, attribuirebbe due volte a un medesimo autore un accadimento unitariamente valutabile dal punto di vista normativo e si porrebbe, pertanto, in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale<sup>82</sup>.

D'altronde, sul piano logico e giuridico ritenere configurati due reati distinti, a fronte di un'unica condotta, sotto il profilo processuale<sup>83</sup>, si traduce in un'evidenza che parrebbe essere latentemente non conforme a Costituzione, laddove si consideri che il decesso del paziente, per fattori connessi eventualmente alla patologia oggetto della tardiva o errata diagnosi contestata al professionista sanitario, rappresenta un evento possibile in ogni fase del processo e anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Al verificarsi di quest'ipotesi, il professionista, imputato per lesioni personali colpose commesse in ambito sanitario, nelle more del processo già *in itinere*, stando all'attuale interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p., da un lato, subirà la regressione del procedimento, astrattamente possibile in ogni fase del giudizio; dall'altro, quale ulteriore conseguenza, dovrà confrontarsi con l'insorgere di un nuovo termine di prescrizione, anche questo astrattamente possibile in ogni fase del giudizio, che comincerà a decorrere dal verificarsi del secondo evento, ossia, dal decesso del paziente.

## 5. Il *tempus commissi delicti* e la prescrizione del reato

In punto di reati a evento differito, la giurisprudenza<sup>84</sup> ha ormai chiarito come

---

Deliktstatbestände che, secondo l'opinione maggioritaria, rientrano nell'applicazione del par. 52 StGB relativo alle ipotesi di *Tateinheit*, cioè di concorso ideale di reati, prevedendo l'assorbimento sanzionatorio delle varie violazioni di legge nell'applicazione della sola norma più grave. J. WESSELS-V. BEULKE-H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2013, 320.

<sup>80</sup> Il reato progressivo, nelle sue due forme del reato necessariamente progressivo o e del reato eventualmente progressivo, costituisce una *species* del reato complesso, rispetto a esso caratterizzato – sul piano criminologico, ma non su quello della struttura e disciplina giuridica – da un'offesa crescente a uno stesso bene giuridico. V. Cass. pen., sez. 2, 12 ottobre 1989, n. 13385, in *CED*, n. 182229; Cass. pen., sez. 1, 26 settembre 1984, n. 7439, in *CED*, n. 165690.

<sup>81</sup> Cfr. sul punto Cass. pen., sez. 4, 14 gennaio 2016, n. 16610, ove si afferma che il principio del *ne bis in idem*, quale cardine di civiltà giuridica, che preclude sia a livello processuale, sia dal punto di vista sostanziale di addebitare più di una volta all'imputato lo stesso fatto storico, è ritraibile anche dalla previsione degli artt. 84 e 15 c.p. che definiscono il reato complesso e costituiscono la base dalla quale è possibile ricavare i principi di specialità e di assorbimento che, unitariamente, ne rappresentano la codificazione sostanziale.

<sup>82</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, questioni fondamentali di parte generale*, cit., 135; M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, 119 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit, 722 e ss.

<sup>83</sup> F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 322 ss. il quale ritiene che il *ne bis in idem* sostanziale sia la *ratio* che determina la preclusione del secondo giudizio sul piano processuale e G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1239 e 1246 ss.

<sup>84</sup> Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2018, n. 40986, in *CED*, n. 273934.

un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 2, c. 4, c.p. e del principio di irretroattività sancito dall'art. 7 CEDU assegna alla condotta tipica rilievo decisivo per determinare il *tempus commissi delicti*, ai fini della successione di leggi penali. Più precisamente, qualora sussista un significativo iato temporale tra condotta ed evento e, in tale spazio temporale, si verifichi la sopravvenienza di una legge penale sfavorevole per l'autore<sup>85</sup>, deve applicarsi il criterio della condotta per la determinazione della legge applicabile.

Il riferimento letterale alla «commissione del reato» contenuta nell'art. 2, c. 4, c.p. non è di ostacolo all'individuazione della condotta dell'agente, quale momento di riferimento cronologico della successione di leggi. Le Sezioni Unite<sup>86</sup> hanno puntualizzato che è al momento della condotta che deve «essere riconnessa l'operatività del principio di irretroattività *ex art. 25 Cost.*», onde evitare l'eventuale sostanziale retroattività di una norma più sfavorevole, quando alla condotta interamente realizzata nella vigenza di una legge penale sia sopravvenuta una normativa penale diversa e peggiorativa. Nucleo fondante di questa impostazione che propende verso l'adesione al criterio della condotta, è la preventiva valutabilità da parte dell'agente delle conseguenze penali, funzionale a preservarne la libera autodeterminazione.

La preventiva valutabilità delle conseguenze penali, tuttavia, non è un argomento giuridicamente predicabile in tema di prescrizione, la cui decorrenza è regolata da una disciplina specifica.

Stando al dato testuale dell'art. 158 c.p., che si riferisce al 'reato consumato' e che richiede il perfezionamento dell'ipotesi criminosa, il decorso della prescrizione è ancorato, nei reati d'evento, al suo verificarsi: nelle ipotesi di responsabilità medica, riguardo al reato di omicidio colposo, il *dies a quo* coincide con il decesso del paziente, mentre nel caso di lesioni colpose e, in particolare, nel caso di tardiva o errata diagnosi relativa a una particolare patologia, il termine di prescrizione decorre dall'insorgenza della malattia *in fieri*, anche se non stabilizzata in termini di irreversibilità<sup>87 88</sup>. Il criterio della condotta può trovare applicazione al calcolo dei termini di prescrizione del reato solo nel caso di sopravvenienza di una legge più favorevole, data la natura sostanziale dell'istituto<sup>89</sup> e dunque alla sua

<sup>85</sup> M. ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice penale* (artt. 1-84), 2004, 3 ed., Art. 2 n. 2, ha descritto queste ipotesi con la definizione di reati a distanza o a evento differito, riconducendole alla più generale figura del reato «a tempi plurimi». Nei reati di evento per la determinazione del *tempus commissi delicti*, occorre avere riguardo al momento in cui si realizza la condotta, poiché è questa l'estrinsecazione del processo di motivazione dell'agente e l'atto di ribellione con riferimento al quale, secondo la norma allora vigente, il soggetto poteva eventualmente rappresentarsi specifiche conseguenze del suo operato.

<sup>86</sup> Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2018, n. 40986, cit.

<sup>87</sup> Cass. pen., sez. 4, 12 maggio 2021, n. 18347, in *CED*, n. 281168; id., 8 gennaio 1998, n. 2522; id., 20 marzo 2019, n. 4049; id., 12 luglio 1986, n. 7475: «Nel reato di lesioni personali colpose riconducibili a responsabilità medica, la prescrizione inizia a decorrere dal momento dell'insorgenza della malattia '*in fieri*', anche se non ancora stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente».

<sup>88</sup> Sul punto, la Corte di legittimità ha a più riprese sottolineato la distinzione fra l'illecito civile e quello penale, valorizzando la rilevanza del 'danno' nel primo e del 'fatto' nel secondo. Da qui la scelta di individuare il '*dies a quo*' in sede penale dalla «insorgenza della malattia *in fieri*» (elemento perfezionativo della tipicità del fatto) e in ambito civile dalla consapevolezza di «un danno ingiusto conseguente al comportamento di un soggetto», in quanto solo in questo momento il danneggiato è in grado di esercitare il suo diritto, avendone piena consapevolezza ai sensi dell'art. 2935 c.c. (decorrenza da cui «il diritto può essere fatto valere»); Cass. pen., sez. 4, 25 gennaio 2021, n. 2844.

<sup>89</sup> Ai fini della successione di leggi penali, l'identificazione del *tempus commissi delicti* con quello della condotta tipica trova decisive conferme di ordine sistematico sul terreno della funzione costituzionale della pena. L'aspetto

riconducibilità alla garanzia dell'art. 25, c. 2, Cost.

Ancorare il *dies a quo* all'incerta, indefinita e indefinibile epoca dell'insorgenza della malattia nel caso di lesioni personali o al decesso del paziente avvenuto in epoca significativamente successiva rispetto alla condotta, a ben vedere, determina un *pregiudizio* per il professionista sanitario in sede processuale in quanto ci si troverebbe nell'impossibilità oggettiva sia di individuare con certezza il momento di consumazione del reato, sia di cristallizzarlo processualmente.

In tema di responsabilità medica la natura del delitto qualificato come reato di evento, comporta l'insorgere di un esito che non pare sintonico rispetto ai principi cardine che fondano l'istituto della prescrizione del reato, quali i principi di legalità (art. 25, c. 2, Cost.), di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di ragionevole durata del processo (art. 6 CEDU e art. 111 Cost.).

Introdurre una disposizione che, in deroga alle regole generali che disciplinano l'istituto della prescrizione, ne disponga la decorrenza dal momento della condotta, sia essa commissiva od omissiva, che si contesta al professionista, potrebbe forse rappresentare una soluzione alternativa, capace di superare le incertezze giuridiche testé rappresentate.

## 6. Considerazioni conclusive

Operando una sintesi tra opposti interessi, tutti costituzionalmente protetti, il Legislatore ha inteso ora tutelare il bene della vita e della salute del paziente, attraverso una norma *ad hoc*-l'art. 590-*sexies* c.p.-che rifonda la disciplina penale della responsabilità medica con l'introduzione nel sistema di una nuova fattispecie incriminatrice.

'Rivisitato' dalle Sezioni unite penali della 'sentenza Mariotti' e arretrando, di fatto, rispetto alle ultime acquisizioni garantiste della giurisprudenza maturate con riguardo al Decreto Balduzzi, l'esonero da responsabilità per colpa dell'operatore sanitario restringe il suo campo d'applicabilità alle sole ipotesi di imperizia non grave, riferibile all'atto esecutivo, a condizione che la condotta contestata abbia rispettato le linee guida accreditate o le buone pratiche clinico-assistenziali consolidate, dopo averne valutato in via preventiva la loro adeguatezza alle specificità del caso concreto.

A ben vedere, è la stessa richiamata sentenza delle Sezioni Unite che, riconoscendo sul piano intertemporale la normativa previgente come più favorevole, pare avere sancito *expressis verbis* il fallimento della riforma.

Sul punto, peraltro, l'esigenza di una riforma è stata già avvertita in sede parlamentare, risultando, infatti, presentata nella precedente legislatura la proposta di legge A.C. 1321,

---

costituzionale del sistema penale è stato recentemente rimarcato dal giudice delle leggi richiamando il principio in tema di funzione rieducativa della pena: Corte cost. , 11 luglio 2018, n. 149, in *CED*, n. 39985, muovendo dalla lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost. e dell'art. 25 Cost., ha messo in luce come alla possibilità di conoscere la norma penale, vada attribuito un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti in quanto tale possibilità è presupposto della rimproverabilità del fatto, inteso come comprensivo anche degli elementi subiettivi attinenti al fatto reato. Si è sottolineato, altresì, che, avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza e alla funzione preventiva della pena desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria condotta, condizione che sarebbe frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato o era punito meno severamente (Corte cost. , 24 marzo 1988, n. 364).

rubricata «Modifiche alla legge 8 marzo 2017, n. 24, al codice di procedura civile e alle disposizioni per la sua attuazione nonché alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di responsabilità sanitaria»<sup>90</sup>.

È innegabile, insomma, che la ‘Legge Gelli-Bianco’, benché nata con l’obiettivo di superare le incongruenze e le incertezze generate dalla precedente disciplina, abbia dato luogo a quelle medesime problematiche giuridiche e applicative, che erano sorte all’indomani dell’intervento legislativo del 2012.

Le criticità che immediatamente risaltano sono rappresentate dal *focus* della disciplina vigente, che risulta incentrata sulla codificazione di regole di condotta il cui processo di positivizzazione integra il fulcro intorno a cui è stata edificata. Le linee guida e le buone pratiche rappresentano il presupposto logico-descrittivo che delinea il nuovo precetto sanzionatorio, definendo una regola materiale della condotta la cui inosservanza costituisce reato.

La norma si presenta con una formulazione letterale di non agevole interpretazione che circoscrive l’omissione colpevole, confinandola al primo comma della disposizione che, in sede nomofilattica, è stato riassunto in un’integrale riduzione della responsabilità medica al reato di lesioni personali e omicidio colposo.

Le questioni giuridiche che emergono esaminando l’art. 590-*sexies* c.p. sono molteplici, alcune, come si è detto, si collocano sul fronte della formulazione letterale del disposto normativo; altre ineriscono alla concreta applicazione della norma in sede processuale; altre ancora derivano dall’impiego di istituti civilistici quali criteri di giudizio penale.

In ordine a quest’ultimo profilo è il caso di ricordare il fondamento giuridico della posizione di garanzia assunta dal medico che integra la base del giudizio riguardo all’imputazione causale, ai sensi dell’art. 40 cpv c.p. , e che è tradotto nei termini civilistici (che, detto per inciso, appaiono ormai regressivi nel campo della responsabilità medica) del generico ‘contatto sociale’, un contatto qualificato da cui scaturirebbero altrettanti generici obblighi di protezione destinati a gravare su categorie predeterminate di soggetti in virtù dell’attività svolta.

Sotto il profilo della causalità, punto di riferimento rimane sempre la ricordata ‘sentenza Franzese’<sup>91</sup>. Nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto agente e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità<sup>92</sup>. Permane la perdurante validità del plesso concettuale costituito dalla teoria condizionalistica e dalla teoria della causalità umana quanto alle serie causali sopravvenute,

---

<sup>90</sup> Nel corpo dell’ampio progetto di riforma sono colti «gli aspetti di equivoca interpretazione e di problematica applicazione» dell’art. 590-*sexies* c.p., superati tuttavia, nelle intenzioni dei proponenti, mediante la sua abrogazione (art. 1. co. 2 del progetto). L’obiettivo perseguito è quello di fare rivivere la disciplina previgente e, conseguentemente, ricondurre le condotte del personale sanitario nell’alveo delle generali ipotesi colpose di cui agli artt. 589 e 590 del codice penale. Si tratterebbe, a ben vedere, di una soluzione che-pur rimuovendo gli aspetti di equivoca interpretazione introdotta dall’art. 6 della legge n. 24 del 2017-si appaleserebbe comunque inappagante, segnando un evidente passo indietro rispetto alle acquisizioni maturate negli ultimi dieci anni, considerati gli effetti in *malam partem* rispetto alla soluzione adottata nella prima modifica legislativa, rappresentata dall’art. 3 co. 1 della legge n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi), che come si ricorderà aveva circoscritto alle sole ipotesi di colpa non lieve l’area di responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

<sup>91</sup> Cass. pen., sez. 4, 3 ottobre 2002, n. 38334, cit., cfr. Cass. pen. n. 34334 del 16.09.2021, in punto di reato colposo omissivo improprio, ha ribadito che il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica.

<sup>92</sup> Cfr. Cass. pen. n. 18350 del 12.5.2021, in punto di configurabilità del rapporto di causalità.

*ex art. 41, comma 2, c.p.*, con l'integrazione del criterio della sussunzione (valutazione) sotto leggi scientifiche. Secondo il predetto criterio, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme a una generalizzata regola di esperienza o a una legge dotata di validità scientifica-*'legge di copertura'*-, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducono ad eventi *'del tipo'* di quello verificatosi in concreto<sup>93</sup>.

Anche a fronte di una prospettazione della morte ritenuta inevitabile, può imputarsi al professionista sanitario l'anticipazione dell'*exitus* o la sua maggiore intensità lesiva, ovvero una maggiore *chance* di sopravvivenza, nei termini di una causalità alternativa ipotetica che però corre il serio rischio di prescindere dall'accertamento sull'attività concretamente salvifica eventualmente omessa o erroneamente operata.

Nonostante si registri un orientamento che valorizza la necessità del nesso di causalità tra la condotta contestata e l'evento tipico, si delinea una decisa tendenza giurisprudenziale di segno opposto, che riduce il nesso di causa alla formula delle serie e apprezzabili probabilità di successo tradotto in termini di probabilità indeterminate e mutevoli, attestata su standard per lo più statistici.

La causalità, valutata come *'sviluppo dell'iter criminis'* rispetto a fatti che presentino un significativo iato temporale tra condotta criminosa e l'evento verificatosi, perde di consistenza, in quanto il fulcro della norma si incentra su regole di condotta che, sebbene flessibili e non tassative, operano di fatto il discrimine tra la condotta illecita e quella condotta non punibile.

In altri termini, in tema di responsabilità dell'operatore sanitario pare darsi prevalenza alla natura colposa della condotta piuttosto che all'accertamento del suo rapporto causale con l'ampio novero degli eventi progressivi distillati dalla giurisprudenza.

L'interpretazione nomofilattica che riconduce la nuova incriminazione, *tout court*, alle ipotesi di lesioni o omicidio colposo se, da un lato, non pare del tutto coerente rispetto al tenore letterale della disposizione, dall'altro, in sede applicativa, pone evidenti criticità.

Data la diversità tra i rispettivi eventi, entrambi costitutivi dei due reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., si è escluso che possa rientrare nel novero degli *'stessi fatti'* che configurerebbero l'*idem* sostanziale o processuale, la progressione criminosa-dal reato meno grave, a quello di maggiore gravità-derivata da un'unica prestazione od omissione medica.

L'operatore sanitario può, dunque, subire due differenti condanne derivate da un'unica condotta, dapprima nei termini del reato di lesioni personali ai danni del paziente e, successivamente, avvenuto il suo decesso, riqualificando il fatto in omicidio colposo. Sotto questo profilo, occorre considerare che il secondo evento, il decesso del paziente, è un'ipotesi possibile in ogni fase del processo, anche con un significativo iato temporale rispetto alla condotta omessa o erroneamente commessa, ipotesi frequente soprattutto in presenza dell'ipotesi di errata o una tardiva diagnosi.

Oltre al pregiudizio dell'incertezza derivante dalla possibilità, in ogni momento, di una riqualificazione del fatto o di una seconda condanna a fronte dell'ulteriore evento, il medico imputato dovrà confrontarsi, nel caso in cui il decesso avvenga nelle more del giudizio in itinere, anche con un nuovo termine di prescrizione, la cui decorrenza sarà ricalibrata col verificarsi del secondo evento a cui si incardina.

Sebbene attualmente sia un dato giuridico incontrovertibile, ritenere che, in ogni momento del processo, l'evento successivo e più grave che eventualmente si verifichi, porti con sé una nuova decorrenza prescrizione, rappresenta un pregiudizio evidente per il

<sup>93</sup> Cass. pen. n. 15816 del 26.5.2020, in *CED*, n. 279417, in punto di teoria condizionalistica e della causalità.

medico imputato, a cui si rende di fatto impossibile alcuna contezza sia riguardo al *dies a quo*-stante l'indeterminatezza della regola adottata dalla giurisprudenza di legittimità della malattia *in fieri*-sia del *dies ad quem* suscettibile di variare in ogni momento.

Alla luce di queste considerazioni, parrebbe essenziale e prioritario un intervento a opera del legislatore<sup>94</sup> teso a ricalibrare il precetto, sia per ridurre le inevitabili oscillazioni giurisprudenziali in fase applicativa, sia per garantire la certezza del portato normativo ai suoi destinatari.

---

<sup>94</sup> Sull'esigenza di un nuovo approccio alla materia, maggiormente rispettoso della categoria medica, con l'auspicio di un futuro giurisprudenziale più evoluto, F. TAKANEN, *Responsabilità civile e penale medica. Percorsi logici di dottrina e giurisprudenza*, Cedam Wolters Kluwer, 2022.