

IL GRADO DELLA COLPA NEL DIRITTO PENALE DELLA MEDICINA:  
LE RAGIONI PER UNA 'RIFORMA DELLE RIFORME'

Giovanna Palmieri \*

SOMMARIO: 1. - Medicina difensiva e diritto penale della medicina; 2. - La colpa professionale medica nel diritto penale giurisprudenziale; 3. - Il diritto penale della medicina: a) la c.d. legge Balduzzi; 3.1. - ...b) la c.d. legge Gelli-Bianco; 3.1.1. - ...la c.d. legge Gelli-Bianco alla prova della deontologia ermeneutica: le "Sezioni Unite Mariotti"; 4. - La funzione politico-criminale del grado della colpa nel diritto penale della medicina. Tra aporie e ricerca di razionalità sistematiche; 4.1. - Il superamento dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità penale professionale del medico: il fondamento di un criterio razionale; 4.1.1. - Il ruolo delle linee guida accreditate nella valutazione del grado della colpa; 5. - Per una 'riforma delle riforme': lo 'scudo penale' come 'terza via' tra la medicina difensiva e la sanzione più grave. Il contributo dell'autonormazione privatistica all'autocontrollo penale.

**1. - Medicina difensiva e diritto penale della medicina.**

La necessaria costruzione di un diritto penale della medicina, per come legittimata dalle più spinose questioni ermeneutiche elaborate in tema di responsabilità colposa professionale del medico, ha rinvenuto le sue origini in quel chiaro percorso giurisprudenziale che, anche nel sistema normativo-applicativo, ha imposto, in via evolutiva, di prendere atto di una disciplina di settore sempre più animata da una dommatica sconosciuta alla parte generale del diritto penale<sup>1</sup>. Infatti, proprio con riferimento alla responsabilità penale professionale dei sanitari è maturata, ben presto, l'esigenza di elaborare una autonoma regolamentazione della colpa medica che fosse in grado di consentire all'ordinamento di superare quell'evidente "effetto boomerang" per cui il legislatore ha fallito ciclicamente proprio nel tentativo affannoso di inseguire le pressanti spinte del 'diritto vivente'. E tutto questo soprattutto per la verificata problematicità - in via politico-criminale - di soluzioni che, per come recepite dal diritto penale giurisprudenziale, hanno finito normativamente per ritorcersi contro se stesse in un circolo vizioso che, pur facendosi apprezzare nel suo intento di proporre una ragionevole sintesi di tutela tra beni, si è rivelato senza soluzione di continuità.

---

\* Dottoranda di ricerca in diritto penale presso l'Università degli studi di Salerno.

<sup>1</sup> Sembrano questi gli esiti indotti da Cass. SS.UU., 21/12/2017, n. 8770, per una compiuta ricognizione delle diverse posizioni su tale arresto giurisprudenziale cfr. C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 1 marzo 2018, 1 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 28 maggio 2018, 1 ss.

In verità, gli stessi interventi legislativi avvicendatisi nel tempo, per quanto pure avremo modo di verificare più avanti, non hanno minimamente sciolto i nodi interpretativi sorti a seguito delle riforme degli ultimi anni, facendo - di fatto - rivivere antiche problematiche senza risolverle. E da questo punto di vista pure appare chiaro come, accanto al dubbio contributo innovativo fornito sul terreno del diritto penale della medicina, lo stesso legislatore non ha tardato a prendere atto del tradimento anche di quelle esigenze che, affidate ad una costante *ratio* riformatrice, erano finalizzate a prevenire proprio il discutibile fenomeno della c.d. medicina difensiva. Quest'ultimo, nel dare origine ad un paralizzante atteggiamento cautelativo dei camici bianchi, si è lasciato, infatti, costantemente ispirare da una pur comprensibile reazione al binomio innovazione-illusione, in nome del quale i passi in avanti compiuti dalla medicina, se, da un lato, hanno accresciuto le possibilità di superare le più serie disabilità, dall'altro hanno alimentato aspettative talora miracolistiche, incrementando una sorta di indisponibilità psicologica del paziente ad accettare esiti infausti<sup>2</sup>.

In un tale contesto sistematico, allora, è apparso evidente sin da subito come la ricerca di un autonomo diritto penale della medicina sia stata sempre più rivolta a rappresentare quel giusto temperamento tra l'esigenza di tranquillizzare la classe sanitaria, ponendola al riparo dal rischio di ingiuste rappresaglie, con la garanzia, al tempo stesso, della tutela del diritto alla salute del paziente. Tali istanze sono, così, giunte alla loro massima razionalizzazione nella nota presa d'atto della definizione dell'Office of Technology Assessment (OTA), secondo cui la medicina difensiva troverebbe attualizzazione quando il medico "[...] ordina esami, procedure o visite, o evita pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale"<sup>3</sup>. E da questo punto di vista, gli stessi sforzi sul piano legislativo, seppur non sono serviti ad arginare l'impennata del ricorso ad un contenzioso giudiziario, per come mosso da una radicata cultura della colpa penale medica<sup>4</sup>, hanno pur sempre ravvivato la tendenza al raggiungimento di quel pragmatismo scientifico con cui si è disposti ad accettare la spiegabilità di un fenomeno ben oltre la continua ricerca di precisi argini alla responsabilità dell'uomo. Infatti, accanto alla trasformazione del rapporto medico-paziente, non più paternalistico, ma improntato ad un'alleanza sanitaria personalistico-solidaristica<sup>5</sup>, si è fatta ben presto strada la necessità di superare il dogma per cui il

---

<sup>2</sup> Condivisibilmente cfr. per tutti F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1061 ss.

<sup>3</sup> Per un ampio dibattito sul fenomeno, da ultimo cfr. F. POGGI, *La medicina difensiva. Nozioni, problemi e possibili rimedi*, Modena 2018, 9 ss.

<sup>4</sup> Un'attenta analisi sulla cultura della colpa è rinvenibile in M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. DONINI e R. ORLANDI, Bologna 2013, 231-270.

<sup>5</sup> Sui rapporti tra paternalismo e libertarismo costituzionale, per come razionalmente filtrati nella dialettica tra solidarismo e personalismo normativo-superiore cfr. la lucida ricostruzione ad opera di A. SPADARO, *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.* 3/2014, passim e spec. 429 ss.; A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *www.i-lex.it*, Dicembre 2013, numero 20, 421 ss.; A.

progresso scientifico ha indotto nell'immaginario collettivo la convinzione di onnipotenza della medicina. Al contrario, l'innovazione tecnologica solo apparentemente è stata capace di chiarire processi causali ignoti, tanto da ampliare il disorientamento per nuove ipotesi scientifiche complesse, in un processo, così, speculare e perpetuo<sup>6</sup>.

Sembra, allora, evidente che il fattore più rilevante del percorso evolutivo appena sopra descritto debba conservare una natura strettamente giuridica, e questo perché lo studio sistematico della materia che qui ci occupa ha consolidato eterne incertezze e alimentato nuovi dubbi sulle stesse categorie fondamentali del diritto penale. Partendo dall'inesistenza di categorie dommatiche autonome da esigenze politico-criminali da stato sociale di diritto<sup>7</sup>, è diventato consequenziale aprirsi, allora, a nuove tecniche di tutela sussidiaria del controllo penale dell'agire medico. E le stesse tecniche di tutela si riveleranno effettive solo quando sapranno essere capaci, anche *de jure condendo*, non solo di scoraggiare una continua ed affannosa corsa a procedimenti penali per "medical malpractices", ma anche - al riparo da irrazionali atteggiamenti difensivi della classe medica<sup>8</sup> - di fornire le basi idonee a valorizzare un nuovo statuto penale della colpa professionale del sanitario<sup>9</sup>. Infatti, è oramai sempre più evidente come, anche in questo settore, il diritto penale tradizionale, nella relazione tra strutture ed opzioni di valore normativo-superiori<sup>10</sup>, sembra destinato a cedere di fronte ad istituti 'inediti' che, particolarmente nel rapporto medico-paziente, si impongono per l'attuazione di un più razionale bilanciamento tra libere scelte d'azione e tutela della salute, e ciò anche fino al riconoscimento di situazioni originate da un esito infausto come 'ragionevole' concretizzazione di un rischio c.d. non consentito<sup>11</sup>. Ma procediamo con ordine.

## 2. - La colpa professionale medica nel diritto penale giurisprudenziale.

---

CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino 2008, 92 s.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 520 ss.; sulla scia di J. FEINBERG, *Harm to Others*, Oxford 1984, passim.

<sup>6</sup> Cfr. F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i Medici*, in *Riv. it. med. leg.* 2001, 879.

<sup>7</sup> Così M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, passim.

<sup>8</sup> Come acutamente rilevato da R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Atti del Convegno di Firenze del 7-8 maggio 2009, Firenze 2010, 75-78.

<sup>9</sup> Volendo seguire la fine ricostruzione di F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 419 ss.

<sup>10</sup> Nel solco tracciato dal Maestro, cfr. S. MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in Aa. Vv., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 247 ss.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. da ultimo A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica*, in *Cass pen.* 2/2021, p. 9 ss. del dattiloscritto.

Fino al 2012 la responsabilità penale per colpa del medico ha rivelato in un evidente vuoto legislativo la condizione più favorevole per il proliferare di caotiche supplenze giurisprudenziali che, abbandonando i canoni tradizionali della imputazione ex art. 43 c.p., si ispiravano, ex artt. 1176 co. 2 e 2236 c.c., a criteri rigorosamente civilistici nell'accertamento della colpa professionale penale del sanitario<sup>12</sup>. Tutto ciò, in verità, non aveva mancato di suscitare vivaci perplessità, che, in virtù di un apparentemente irragionevole atteggiamento indulgente nei confronti della classe medica, avevano spinto la Consulta a relegare i benefici dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. alle sole ipotesi di colpa penale medica per imperizia<sup>13</sup>. Tale innesto, per la verità, aveva pure alimentato l'opposizione di chi da sempre aveva sostenuto l'autonomia del sistema penalistico rispetto a quello civilistico, ora richiamando i differenti beni oggetto di tutela (vita ed integrità fisica a fronte di valori economico-patrimoniali), ora rimarcando il rilievo del grado della colpa ai soli fini del *quantum*, ex art. 133 c.p., e giammai dell'*an* della responsabilità penale<sup>14</sup>.

A tal proposito, infatti, ed anche per quanto attiene alle raccomandazioni di comportamento clinico (le cc.dd. *leges artis*), la giurisprudenza e la classe medica avevano, qui concordemente e di rimando, manifestato sin da subito una decisa sfiducia sul fenomeno di standardizzazione della responsabilità penale professionale del sanitario. Ciò in ragione soprattutto del fatto che: “[...] la medicina, benché tecnologizzata, conserva ancora una forte componente di arte, cioè la personalizzazione che ogni medico conferisce al suo agire in ciascun caso singolo sulla base della propria esperienza e della propria sensibilità professionale [...]”<sup>15</sup>. Del resto, non vi è chi non veda come la miglior condotta terapeutica sia individuabile *case by case*, per cui: “[...] le linee guida e i protocolli, proprio in ragione della peculiarità dell'attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari

---

<sup>12</sup> Per un'ampia analisi della giurisprudenza ante Balduzzi, cfr. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014, 121 ss.; D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.* 4/2013, 73 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 261 ss.; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” dopo la l. 189/2012: i primi commenti della Cassazione*, in *Dir. Pen. proc.* 2013, 701 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano 2012, 118 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della Corte cost., 22/11/1973, n. 166, in *Foro it.* 1974, I, 19.

<sup>14</sup> Cfr. per tutte Cass. pen., Sez. VI, 18/12/1989, Olivi, in *RP* 1991, 565.

<sup>15</sup> Come pure osservato da F. INTRONA, *Metodologia medico legale nella valutazione della responsabilità medica per colpa*, in *Riv. it. med. leg.* 1996, 1295 ss.

codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)"<sup>16</sup>.

Pertanto, è proprio partendo dal confronto tra la natura astratta delle linee guida e la singolarità di ogni situazione clinica che i giudici di legittimità hanno da sempre negato l'esistenza di una netta equazione tra il loro stringente rispetto e l'esonero da responsabilità<sup>17</sup>. Tale assunto, con il conforto di autorevole dottrina<sup>18</sup>,

<sup>16</sup> In giurisprudenza cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 19/9/2012, n. 35922; Cass. pen. Sez. IV, del 29/1/2013, n. 16237, in *Cass. pen.* 2013, f. 9, p. 2984 con osservazioni di C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*. Più in generale sul tema, cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. Quale rilevanza per il grado della colpa penale?*, in *Temi penali*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 141-168. Nel dibattito sorto in merito alla collocabilità delle *guidelines* all'interno del sistema delle fonti, con specifico riguardo al rapporto con le regole cautelari, in dottrina è sembrata affiorare l'idea di un modello di responsabilità medica fondato sulla colpa specifica, frutto di una ricomprensione "sorvegliata" delle linee guida nel novero delle regole cautelari scritte. In tal senso, cfr. 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 matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2014, 8 ss.; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189 del 2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 691 ss.; ID., *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 189 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 256 ss. Per un inserimento delle *leges artis* tra le 'discipline' o i 'protocolli' cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova 2003, 178; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 248 ss.. Di contro, però, l'orientamento prevalente ha paventato seri dubbi sulla idoneità delle linee-guida a fondare la validità di cautele standardizzate, non essendo la singolarità di ogni condizione clinica riconducibile alla generalità dei protocolli di riferimento, i quali si pongono alla stregua di 'indici', funzionali alla selezione della cautela, a loro volta identificandosi, semmai, in fonti di cognizione ovvero di individuazione delle regole cautelari in campo medico, ma non nelle regole stesse. In questi termini, e prendendo atto delle puntuali difficoltà metodologiche insite ad una elevazione delle linee guida a norme di tipo rigidamente prescrittivo, cfr. D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medicosanitario*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, Milano, 2011, 974; G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1/2015, 183 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino 2012, 167; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari"*, in *www.legislazionepenale.eu* del 7.12.2017, 9 ss.; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 16.7.2012, 10 ss.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. Pen. web* 2/2017, 9 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv.it.med.leg.* 2013, 823 ss.; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano 2017, 163 ss.; A. PROVERA, *'Residuo di colpa' nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita*, in *RIML*, 2013, 1425 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, 273 ss.

<sup>17</sup> Per un'impostazione dottrinale sul punto, cfr. per tutti M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.* 1996, 891.

<sup>18</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *op.ult.cit.*, ivi.

ha fornito le basi su cui maturare la necessità politico-criminale di elaborare sul terreno normativo uno statuto penale speciale per la colpa professionale medica.

### 3. - Il diritto penale della medicina: a) la c.d. legge Balduzzi.

In questo contesto sistematico, e sulla scia del diritto penale giurisprudenziale, la legge c.d. Balduzzi ha rappresentato il primo vero tentativo di autonoma traduzione normativa proprio di quella colpa penale speciale che avrebbe segnato le origini di un diritto penale della medicina capace di creare i fondamenti categoriali per una particolare responsabilità penale professionale sanitaria<sup>19</sup>. Ed è così, infatti, che con l'art. 3 del d.l. 158 del 13 settembre 2012 (conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189)<sup>20</sup> si assiste ad un primo, quanto evidente, approccio sistematico teso alla valorizzazione, nell'ambito di un'autonormazione categoriale, della gradazione della colpa come criterio selettivo del penalmente (ir)rilevante<sup>21</sup>. Così, il grado della colpa, ben oltre la sua funzione commisurativa ordinaria, *ex art.* 133 c.p., ha finito, e per la prima volta, per trovare con l'ausilio delle "guidelines" una causa (oggettiva) di esclusione della responsabilità penale in ambito medico, per cui la condotta avrebbe potuto dirsi soggettivamente rimproverabile solo quando l'errore medico si sarebbe potuto considerare non lieve<sup>22</sup>.

Il grado della colpa, colto così in una 'inedita' funzione politico-criminale<sup>23</sup>, è chiamato a porsi decisamente a fondamento di una esimente che non manca, tuttavia, di suscitare forti perplessità specialmente quando, nel porre rimedio alle insidie di una indeterminatezza concettuale, si assiste alla ennesima funzione suppletiva del diritto 'vivente' nella definizione dei confini della punibile colpa grave, *rectius* non lieve, del medico<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Così G.A. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) del 5.02.2021, passim e spec. 21 ss.; A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica*, cit., p. 4 ss. del dattiloscritto.

<sup>20</sup> Il cui testo è il seguente: "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".

<sup>21</sup> Tra i numerosi commentatori, cfr. 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 matematica)*, in *Arch. Pen.* 1/2014, 1 ss.; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, osservazioni a Cass., Sez. IV, 23/1/2013, n. 16237, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 10 giugno 2013, 1 ss.; F. BASILE, "Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)", in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 23 febbraio 2017, 1 ss.

<sup>22</sup> Condivisibilmente, A. SESSA, *op.ult.cit.*, ivi.

<sup>23</sup> Per quanto non infrequente come criterio di imputazione – si pensi alla grave imprudenza nella bancarotta semplice –, ma anche come circostanza aggravante – si pensi in tema di omicidio e lesioni stradali dove l'aggravante si individua nel procedere ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita –, cfr. per tutti G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 420 ss.

<sup>24</sup> Cfr. da ultimo D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 285 ss.; E. MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in *Rivista Penale Diritto e Procedura*, - Riv.

In via di sintesi, allora, e riprendendo una espressione “codificata” da autorevole dottrina, è possibile fondatamente sostenere che la legge c.d. Balduzzi ha finito per amplificare il fenomeno appena descritto anche con riferimento a due ipotesi esimenti della responsabilità penale del sanitario, riconducibili ad “adempimenti imperfetti” ovvero ad “adempimenti inopportuni”<sup>25</sup>. Il che sta a rappresentare le due ipotesi caratterizzate, rispettivamente, da errori lievi commessi nell’attuazione di prescrizioni contenute nelle linee guida, ovvero per il mancato allontanamento dalle stesse, laddove ad imporlo siano le stesse circostanze del concreto caso clinico.

Tuttavia, è proprio alla luce di quanto appena sopra evidenziato che pure è risultato facilmente comprensibile come la formulazione legislativa dell’art. 3 della c.d. legge Balduzzi avesse finito per aprire non poche questioni interpretative, le quali, dopo appena cinque anni, avrebbero portato alla sua abrogazione in favore di una nuova disciplina. Infatti, dal momento che la necessità di ritagliare i confini della colpa ‘non lieve’ portava con sé il rinvio immediato alla categoria della colpa per imperizia, quasi come ne fosse un’appendice concettuale, si è fatta strada ben presto la necessità di differenziare chiaramente le diverse categorie della colpa generica. E ciò in nome del superamento di una confusione che, in questo campo, è apparsa subito come evidente, posto che - in uno alle regole di adeguatezza professionale - è assai sovente riscontrare nelle linee guida anche regole che attengono alla sfera dell’accuratezza e della prudenza nell’agire professionale del sanitario.

Ed ecco perché, al fine di evitare discutibili riqualificazioni giurisprudenziali di ipotesi di imperizia “mascherata” in forme naturalmente contigue di imprudenza o negligenza qualificata, parte della giurisprudenza ha reagito allargando il campo di applicazione dell’esimente di cui all’art. 3 della legge n. 189 del 2012 a qualsivoglia ipotesi di colpa<sup>26</sup>. Se l’imperizia “mascherata”, allora, si presenta come reazione ad una c.d. *interpretatio abrogans* derivante da

---

Trim. 4/2020, 674 ss.; in giurisprudenza, per tutte cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29/1/2013, n. 16237: “potrà - anzitutto - ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all’adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l’errore non sia lieve. [...] Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d’azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria”.

<sup>25</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) del 5 maggio 2013, 80; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 691 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6/6/2016, n. 23283 con nota di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 27 giugno 2016, 1 ss.

una discutibile disapplicazione della ampiezza della nuova esimente della responsabilità penale del medico per come introdotta dal legislatore del 2012<sup>27</sup>, i dubbi più importanti hanno finito per concentrarsi - ancora una volta - sulla strutturazione del grado della colpa. Ed in assenza di una definizione normativa, di fronte al riemergere di tutte le difficoltà sottese alla enucleazione di criteri certi e sufficientemente affidabili per una “gradazione” della colpa, sarebbe stato il diritto penale giurisprudenziale, a riappropriarsi - ancora una volta - della sua discutibile funzione suppletiva<sup>28</sup>.

### 3.1. - ...b) la c.d. legge Gelli-Bianco.

A poco più di quattro anni dalla c.d. legge Balduzzi, e nell'intento di superare le perplessità appena sopra evidenziate, è la legge n. 24 del marzo 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco) a segnare, allora, una nuova tappa nel cammino ordinamentale verso il diritto penale della medicina, passando per la (ri)affermazione della condivisibile *ratio* di aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti la professione sanitaria, ed assicurando - al tempo stesso - la possibilità ai pazienti di essere risarciti in tempi più rapidi e certi<sup>29</sup>.

Ma, ancora una volta, è di fronte ad una tale decisa presa di posizione che sembra, tuttavia, rimanere ancora inattuato il proposito di creare condizioni normative atte a ridurre l'irrazionale fenomeno della medicina difensiva, in favore di un auspicabile bilanciamento tra la tutela di libere scelte d'azione del medico e la tutela della salute del paziente. Infatti, se la c.d. legge Gelli-Bianco, sul piano civilistico riesce a mettere fine ad una classica “querelle”, è sul piano penalistico

---

<sup>27</sup> Secondo l'assunto di G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 1147 ss.; P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 24 aprile 2015, 2 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6/3/2015, n. 9923: “[...] per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'agente modello, avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto. Così, sotto il primo profilo, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si sia trovato ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono infatti difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. Così, sotto il profilo “soggettivo”, per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché, sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado della colpa, l'inosservanza della norma terapeutica avrà un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico”.

<sup>29</sup> Per una razionalizzazione degli esiti di una disciplina, tra i numerosi contributi, cfr. C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11/2017, 205 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 3 aprile 2017, 1 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 13 giugno 2017, 1 ss.; R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'art. 590-sexies c.p.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 9/2017, 1 ss.

che essa, come del resto già registrato per la c.d. legge Balduzzi, è destinata a non mantenere le aspettative promesse.

Una tale forte presa di posizione affonda le sue radici nella formulazione legislativa del nuovo art. 590-*sexies* c.p.<sup>30</sup> che, tuttavia, oltre a riproporre quei dubbi ermeneutici che hanno caratterizzato la colpa per imperizia nella disciplina precedente, finisce per aggiungerne di ulteriori<sup>31</sup>. E ciò in particolare quando il legislatore, sotto la spinta ancora una volta del ‘diritto vivente’, restringe la non punibilità professionale del medico alle sole ipotesi di colpa penale per imperizia, come diretta conseguenza del ruolo nevralgico attribuito alle linee guida per come istituzionalmente riconosciute. Tuttavia, anche qualora si volesse seguire un’interpretazione rigorosa del nuovo art. 590-*sexies* c.p., per cui la responsabilità penale del medico sarebbe esclusa al verificarsi di tre condizioni concorrenti - colpa per imperizia, osservanza delle linee guida, linee guida adeguate al caso di specie - , non vi è chi non veda come ne conseguirebbe l’immediata presa d’atto di un ulteriore grave paradosso. Infatti, per come letteralmente “strutturata”, l’esimente introdotta dal legislatore del 2017 non avrebbe concreta operatività. E ciò in conseguenza del fatto che quando si verificano la seconda e la terza condizione di cui sopra, si dovrà automaticamente ritenere esclusa la prima (colpa per imperizia “tout court”): l’osservanza di linee guida adeguate alle specificità del caso concreto, in altri termini, precluderebbe in radice una responsabilità a titolo di colpa per imperizia<sup>32</sup>. D’altronde, pure appare pacifico che dall’osservanza delle linee guida può scaturire una condotta colposa soltanto laddove le contingenze concrete evidenzino la necessità di uno scostamento dalle stesse; *a contrario*, l’osservanza di linee guida adeguatamente selezionate rispetto al caso concreto, seppur ontologicamente incompatibile con la *forma* dell’imperizia, non lo è certo con il *grado* della stessa<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Il cui testo è il seguente: “*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l’evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità 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, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*”.

<sup>31</sup> Secondo quanto osserva anche B. ROMANO, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 16 novembre 2018, 1 ss.; nella manualistica per tutti cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2020, 577.

<sup>32</sup> Decisamente P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 1 marzo 2017, 1 ss.

<sup>33</sup> Sui rapporti tra forma e grado della colpa cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 237 ss. e 668 ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano 2005, 280 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, 193 ss. e 284 ss.; M. ROMANO, *Il “reato colposo”*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE, Napoli 2009, 73 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi* (1965), in ID., *La colpa. Studi*, Milano 2013, 154 ss.; nella manualistica, esaustivamente cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 419 ss.

Sul punto, allora, risulta facile comprendere come, in considerazione di una tale ultima osservazione, il riferimento espresso all'imperizia non ha mancato di provocare il rischio di un ritorno al passato, costringendo ancora una volta la giurisprudenza a confrontarsi con vecchi dubbi e lacunosità<sup>34</sup>. E proprio per porvi rimedio, è su queste basi che acuta dottrina ha cercato di esplicitare l'intenzione di una tale scelta legislativa nel tentativo, neppure malcelato, di recuperarla a razionalità, ed in modo tale da superare la convinzione per cui: "la limitazione alla sola imperizia è stata pensata con riferimento a quelle macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, che invero rappresentano ipotesi assolutamente marginali; si è finito così per assurgere a regola l'eccezione, senza considerare peraltro che siffatte condotte sarebbero state in ogni caso punibili, poiché in alcun modo riconducibili a raccomandazioni contenute in linee guida o a buone pratiche"<sup>35</sup>.

### **3.1.1. - ...la c.d. legge Gelli-Bianco alla prova della deontologia ermeneutica: le "Sezioni Unite Mariotti".**

In verità, pur in presenza di un tale apprezzabile sforzo, le criticità della c.d. legge Gelli-Bianco hanno finito ben presto per amplificarsi proprio nella evidente farraginosità di quei meccanismi burocratici di accreditamento delle linee guida cui affidare l'arduo compito di parametrare la colpa alle specificità del caso concreto. È evidente come sia l'essenza stessa della professione sanitaria a rendere difficoltosa la proposizione di linee guida quali regole tecnico-scientifiche dotate di quella tassatività necessaria per l'individuazione di un agire medico al riparo da addebiti di colpa. Torna, allora, prepotentemente alla ribalta la paventata diffidenza sul ruolo da assegnare alle linee guida nella ricognizione dei confini della penale responsabilità colposa del medico. Si tratta, infatti, pur sempre di regole che, seppur caratterizzate da una rinnovata veste ufficiale, impongono una necessaria ed espressa personalizzazione per un loro adeguamento a seconda delle circostanze del caso concreto; e ciò proprio in ragione del loro tenore non ultimativo, né rigorosamente tassativo, con il frequente richiamo ad una certa dose di opportunità o di convenienza<sup>36</sup>.

Ed ecco perché, i dubbi sui margini applicativi e sull'effettiva portata della nuova ipotesi di non punibilità ex art. 590-*sexies* c.p. sono ben presto approdati al vaglio critico delle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>37</sup> che, chiamate a dirimere proprio quel contrasto giurisprudenziale maturato nel singolare dibattito in seno alla quarta sezione penale della stessa Cassazione, sono state investite del non semplice compito di razionalizzare quel profondo scetticismo ermeneutico manifestato verso l'apparente novità della c.d. legge Gelli-Bianco, la quale - rispetto alla c.d. legge

<sup>34</sup> Secondo quanto pure acutamente osserva P.F. POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità del medico ai principi costituzionali?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 20 febbraio 2017, 1 ss.

<sup>35</sup> Così C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 4/2017, 210.

<sup>36</sup> Per tutti, G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) del 2 maggio 2017, 5 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. S.U. 22/2/2018, n. 8770, in [www.dejuregiuffre.it](http://www.dejuregiuffre.it).

Balduzzi - ha incentrato la strutturazione della nuova esimente sull'eliminazione di ogni riferimento "letterale" al grado della colpa<sup>38</sup>.

Infatti, se con la sentenza Tarabori<sup>39</sup> si è arrivati ad ipotizzare l'incostituzionalità del nuovo art. 590-*sexies* c.p., tanto con riferimento all'articolo 32 Cost. - per la minaccia al diritto alla salute - quanto soprattutto, riguardo all'articolo 3 Cost. - per l'instaurazione di un regime normativo "irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili" -, con la sentenza Cavazza<sup>40</sup> i giudici di legittimità, all'interno della medesima Sezione della Suprema Corte, hanno sposato una ricostruzione del tutto opposta. Valorizzando una interpretazione strettamente letterale del nuovo art. 590-*sexies* c.p., la Cassazione ha finito per ritenere che nell'esercizio della professione sanitaria vi è esclusione della responsabilità ogni volta in cui, pur avendo il sanitario provocato un evento lesivo a causa di imperizia, anche grave, siano state applicate direttive qualificate in un qualche momento, a prescindere da quello concreto in cui l'imperizia si sia manifestata.

Ed è inutile dire che una tale eccentrica dialettica sui profili applicativi della nuova disciplina della colpa penale del medico ha finito per trovare un'ulteriore conferma anche nei profili di diritto intertemporale, laddove pure non può impedirsi di registrare soluzioni disciplinari foriere di aporie sistematiche. Infatti, mentre la sentenza Tarabori, nel considerare come più favorevole la disciplina sulla colpa penale professionale medica scolpita nella legge del 2012, sviluppa l'idea di applicazione del nuovo regime introdotto dalla legge Gelli-Bianco ai soli fatti commessi in epoca successiva alla riforma, la sentenza Cavazza, di contro e coerentemente, prospetta l'ultravigenza del nuovo art. 590-*sexies* c.p., fino al completo superamento della precedente normativa. Pertanto, ed in via di sintesi, appare del tutto condivisibile la lucida ricostruzione dottrinale di un tale contrasto ermeneutico che, per così come sopra rappresentato, è racchiudibile in quella lapidaria espressione pronta a cogliere le irragionevoli oscillazioni tra "un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. costituzionalmente conforme, ma sostanzialmente sterilizzante [...] ed un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica, ma indiziata di incostituzionalità"<sup>41</sup>.

Dunque, è proprio facendo tesoro di un tale dibattito, che risulta facile comprendere come la soluzione messa in campo dalle Sezioni Unite Mariotti<sup>42</sup>, per quanto tesa a ridurre un evidente contrasto giurisprudenziale, sembra destinata a rappresentare, a ben vedere, una 'terza via' rispetto ai due orientamenti fino ad

---

<sup>38</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 21 novembre 2017, 244 ss..

<sup>39</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 7/6/2017, n. 28187, in *DJG*.

<sup>40</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 31/10/2017, n. 50078, in *DJG*.

<sup>41</sup> Volendo riprendere la felice ricostruzione di C. CUPELLI, *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. proc. pen.* 2018, 1979.

<sup>42</sup> Cfr. Cass. sez. un., 21 dicembre 2107-22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, in *www.penalecontemporaneo.it* del 1 marzo 2018 con nota di C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p.*, cit., ivi.

allora imperanti. In questo modo, il formante giurisprudenziale ha assunto il carattere senz'altro qualificante e proprio di una legalità sempre più complessa<sup>43</sup>: la reintroduzione per via "implicita" della gradazione della colpa, anche se con una rivisitazione strutturale atta ad impedirne un acritico ritorno al passato.

Infatti, definendo "chirurgicamente" i confini applicativi del *novum* legislativo, il Supremo Consesso ha provveduto ad isolare i singoli momenti di un *iter* diagnostico-terapeutico, pervenendo ad una proposta di chiara differenziazione tra la individuazione e la selezione delle linee guida rispetto alla loro concreta esecuzione. Le SS.UU. Mariotti ribadiscono, sul punto, che il presupposto di operatività della previsione di cui all'art. 590-*sexies* c.p. risiede nella causazione dell'evento per colpa da imperizia, pur precisando, tuttavia, come per il medico non ci siano sconti su errori nella fase di selezione delle linee-guida, ma solo nella loro fase attuativa. Le stesse linee guida, dunque, seppur previamente scelte in via corretta, sopporteranno uno scostamento tollerabile proprio sulla scorta delle specificità del caso concreto. In tale contesto, la colpa penale del medico, circoscritta al grado *ragionevolmente* lieve della stessa<sup>44</sup>, evidenzierà una corsia che, già tratteggiata - sebbene solo implicitamente, secondo la Corte - dalla legge del 2017, si rivelerà capace di scusare solo quando l'imperizia causativa dell'evento - da non riferire alla forma, ma al grado della colpa - ricade nella fase esecutiva dell'atto medico, a fronte di una pur corretta selezione di linee guida pertinenti alla trattazione del caso concreto<sup>45</sup>.

Il profilo innovativo di un tale *dictum* giurisprudenziale, dunque, proprio perché finalizzato alla reintroduzione in via ermeneutica di una rinnovata gradazione della colpa da riservare solo alle ipotesi di sua imperizia<sup>46</sup>, non ha mancato, tuttavia, di far rivivere, sul piano del diritto intertemporale, la necessità di chiarire come la previgente disciplina possa continuare ancora ad operare in riferimento ai fatti commessi fino al 1 aprile 2017. Per cui, ai fini dell'applicazione della legge più favorevole, è risultato essenziale stabilire i corretti rapporti tra l'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012 ed il successivo art. 590-*sexies* c.p..

---

<sup>43</sup> Sul rapporto tra formanti (positivo, giurisprudenziale e dottrinale) nell'ambito di una razionale legalità complessa nell'era postmoderna cfr. AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, passim.

<sup>44</sup> Cfr. A. SESSA, *Strutture e opzioni di valore*, cit., p. 11 del dattiloscritto; il parametro della ragionevolezza sembra far rivivere nel caso della colpa medica un parametro che, nella marginalità e minima entità dello scostamento dalle linee guida, individua una oggettivizzata personalizzazione dell'agente modello, fuori da possibili strumentalizzazioni di prevenzione generale cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 85-90.

<sup>45</sup> L'assunto trova autorevole conferma in G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., passim.

<sup>46</sup> Per quanto pure osservato da A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni Unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen.* 2/2018, 426 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv.it. med. leg.*, 2018, 359 ss.; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.* 4/2018, 948 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 28 maggio 2018, 1 ss.; P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza Post Mariotti*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 18 gennaio 2019, 5.

Nello specifico, allora, e per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 24/2017, se la c.d. legge Balduzzi consente di recuperare, accanto ai casi di colpa per imperizia "lieve", che si manifesta nella fase di selezione delle linee guida, la non punibilità dei casi di colpa per negligenza e imprudenza "lieve" è, tuttavia, innegabile che resistono dubbi sulla convergenza delle due disposizioni per i casi di imperizia lieve in fase esecutiva, non punibile. Ed è proprio sotto questo ultimo aspetto, infatti, che le Sezioni Unite Mariotti hanno certificato il fallimento delle 'riforme del diritto penale della medicina', che proprio a livello intertemporale hanno inesorabilmente evidenziato una sorta di "corto circuito sistematico"<sup>47</sup>. Infatti, una tale possibile deriva, per come conseguente alla riattribuzione di un ruolo ermeneutico alla gradazione della colpa nel diritto penale della medicina, potrebbe essere limitata solo laddove si pongano le basi per superare l'evidente fallimento della *ratio* sottesa alla legislazione più recente nella materia che ci occupa<sup>48</sup>, e ciò al fine di garantire libere scelte d'azione ad un sanitario, solo così indenne da 'imprevedibili' riespansioni della responsabilità penale professionale a suo carico.

In breve, solo la deontologia ermeneutica, *de jure condito*, può porre rimedio a "sviste" che, prima che cliniche, si rivelano legislative, in quanto evidentemente radicate nella incapacità di tradurre apprezzabili esigenze *politico-criminali* di riforma in razionali soluzioni normative<sup>49</sup>.

#### **4. - La funzione politico-criminale del grado della colpa nel diritto penale della medicina. Tra aporie e ricerca di razionalità sistematiche.**

Muovendo dalla valorizzazione della premessa di metodo appena sopra sviluppata, dunque, risulta necessario riflettere, ai fini del nostro studio, su come ridurre le aporie sistematiche messe a nudo anche dalle correzioni giurisprudenziali della disciplina della colpa penale medica. Le stesse impongono di abbandonare vecchi schemi in favore di un auspicabile mutamento di prospettiva che passa, rigorosamente, anche attraverso l'attenta indagine sul significato da attribuire al principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite Mariotti e, soprattutto, alle considerazioni ad esso sottese.

Infatti, se è vero che i giudici di legittimità hanno attribuito in via ermeneutica un nuovo ruolo al grado della colpa penale professionale del sanitario, abbandonando l'alveo del tradizionale criterio ordinario di commisurazione della pena, è anche vero che un tale procedimento avviene consentendo di distinguere la corretta ed adeguata selezione di linee guida, a monte, rispetto alla fase successiva della loro esecuzione terapeutica, a valle. In questo modo, lo stesso grado della colpa viene ad ergersi ad autonomo criterio fondante una causa (soggettiva) di esclusione della sanzione più grave, perfettamente in linea con valutazioni politico-criminali di (non) inflizione della pena da stato sociale di diritto. Pertanto, atteso che l'agente ha realizzato pur sempre il tipo colposo, è chiaro che in questi casi il

<sup>47</sup> Così, efficacemente, A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore*, cit., ivi.

<sup>48</sup> Cfr. R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. "Mariotti" in tema di responsabilità medica*, cit., ivi.

<sup>49</sup> Si tratta di riprendere in via di sintesi quanto da ultimo proposto da E. MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, cit., 3.

mancato ricorso ad una sanzione penale è il portato di valutazioni che, più che extra-giuridiche, sembrano riflettere criticamente istanze preventive di integrazione sociale<sup>50</sup>.

Una tale spiegazione del c.d. “nuovo statuto del grado della colpa” nel diritto penale della medicina, allora, per come recuperato alla sua funzione politico-criminale, derogatoria rispetto a quella classicamente commisurativa *ex art.* 133 c.p.<sup>51</sup>, sembra avere come risultato diretto quello di attenuare notevoli incertezze sistematiche. Si fa riferimento, in particolare, alla irrazionalità di quel processo che, portando ad una oggettivizzazione della colpa medica, si è rivelato capace di esiti paradossali nel momento in cui non sfuggiva all’inaccettabile rischio di mandare colpevole un innocente. Del resto, proprio da questo punto di vista, le maggiori perplessità sembrano legate ad un modello astrattamente ideale di medico quale superuomo spersonalizzato che, inesistente nella realtà, è tenuto in piedi da esigenze di prevenzione generale che possono essere ricondotte a razionalità solo valorizzando anche la misura soggettiva della colpa<sup>52</sup>. Quest’ultima, in verità, lontana da una mera inosservanza di regole cautelari libere da ogni ulteriore accertamento, si caratterizza, invece, per la verifica di un ulteriore elemento di natura soggettiva che condiziona la violazione colposa della stessa regola cautelare solo all’accertamento di determinate condizioni personali in concreto<sup>53</sup>. E le Sezioni Unite Mariotti, da questo punto di vista, optano proprio per una traduzione personale e non meramente formale della colpa medica, per una ‘razionale personalizzazione’ della responsabilità penale professionale sanitaria.

Infatti, se la responsabilità colposa oltre alla violazione di una regola di cautela esige il recupero di una sua dimensione soggettiva di colpevolezza, è perchè evidentemente essa non può identificarsi, se non per esigenze di mera prevenzione generale, semplicemente con il livello di rischio giuridicamente rilevante ed insito nella violazione di una regola. Pertanto, facendo tesoro di un tale assunto, e per quanto rilevato nella più recente giurisprudenza, risulta facile comprendere come la strutturazione della colpa lieve del medico non può esaurirsi nella sola obiettiva inosservanza di una norma cautelare, dal momento che l’in(osservanza) di cautele non è automaticamente (assenza di) colpa. Difatti, una tale ascrizione impone verifiche ulteriori, di prevedibilità e di esigibilità soggettiva e personale di una condotta che, anche al fine di scongiurare ipotesi di responsabilità oggettiva occulta, abbia come riferimento un agente-modello differenziato per categorie, vale a dire quella figura ispirata agli *homines eiusdem condicionis et professionis*<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Facendo proprio l’insegnamento di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, passim.

<sup>51</sup> Per una tale presa d’atto cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 416 ss.

<sup>52</sup> Cfr. A. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 195 ss.; nella manualistica per tutti cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 576 ss.

<sup>53</sup> Sul punto cfr. per tutti M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 13 Maggio 2019, 4.

<sup>54</sup> Cfr. M. DONINI, *op.ult.cit.*, 7.

Sembra, dunque, che, partendo proprio dalle premesse di cui sopra, e cioè dalla piena valorizzazione sistematica della figura di un ‘agente modello dell’agente modello’<sup>55</sup>, è solo attraverso una “oggettivizzata personalizzazione in concreto”<sup>56</sup> che questo ‘inedito’ statuto penale del grado della colpa può rivelarsi in grado di fornire un adeguato contributo, capace di salvaguardare spazi razionali di autonomia degli operatori medico-sanitari. Solo così questi ultimi andranno esenti da una responsabilità penale in funzione della realizzazione sistematica di un adeguato temperamento tra la difesa della libertà di azione del medico e la tutela del diritto alla salute del paziente, destinatario della condotta<sup>57</sup>.

In questo senso le SS.UU. Mariotti hanno assunto un ruolo centrale per una rilettura costituzionale della nuova disciplina della colpa penale medica anche se, in ragione di quanto pur emerso nei contrasti tra successivi orientamenti giurisprudenziali e perplessità sollevate dalla dottrina penalistica<sup>58</sup>, non si è potuto fare a meno di evidenziare, tuttavia, uno stato dell’arte caratterizzato da inevitabili ripercussioni in tema di (in)certezza del diritto. Infatti, nonostante la introduzione del nuovo comma 1 *bis* all’art. 618 c.p.p., ed il conseguente accresciuto ruolo nomofilattico delle Sezioni unite, è il quadro normativo ambiguo che continua ad alimentare, pur a seguito della c.d. legge Gelli-Bianco, forti riserve di razionalità. L’attuazione del diritto alla salute risulta ancora svilita, infatti, dal perverso ricorso ad una medicina difensiva, quale fenomeno indotto dalla assenza di adeguate garanzie di azione per l’operatore medico-sanitario<sup>59</sup>.

#### **4.1. - Il superamento dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità penale professionale del medico: il fondamento di un criterio razionale.**

In un tale quadro ordinamentale, quindi, sembra facile comprendere come i notevoli sforzi della giurisprudenza successiva alla sentenza Mariotti si siano tradotti in una (necessaria) quanto mai ulteriore scrupolosità nell’accertamento della relazione tra forma e, soprattutto, grado della colpa nel giudizio di responsabilità penale del sanitario, dal momento che: “[...] non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme a legge una motivazione che tralasci di accertare la forma di colpa, se generica o specifica, se imperizia, negligenza o imprudenza se e in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali”<sup>60</sup>.

Ed ecco perché, dunque, le maggiori perplessità sembrano concentrarsi su tre dei presupposti della nuova causa (soggettiva) di esclusione della responsabilità

---

<sup>55</sup> Cfr. per tutti V. ATTILI, *L’agente modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 1240.

<sup>56</sup> Così M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 85-90.

<sup>57</sup> Cfr. A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore*, cit., p. 12 del dattiloscritto; si tratta di valorizzare il procedimento delineato dall’art. 5 della legge Gelli-Bianco, con la previsione esplicita di una clausola di salvaguardia che impone una adeguata considerazione delle molteplici peculiarità e sfumature del caso concreto, cfr. C. CUPELLI, *L’anamorfose dell’art. 590 sexies c.p.*, cit., 1994.

<sup>58</sup> Per una compiuta sintesi del dibattito sul tema cfr. C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. Pen.* 2017, 1777 ss.

<sup>59</sup> Più ampiamente cfr. C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, ivi.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 6/8/2018, n. 37794, in *DJG*.

penale di cui al recente art. 590-*sexies* c.p., ovvero: a) la corretta individuazione della imperizia ed il possibile rinnovato ricorso all'art. 2236 c.c.; b) il ruolo delle linee guida ufficiali; c) la definizione di colpa grave *rectius* non lieve che, pur riproponendo questioni "cicliche", non manca di rinnovarsi per contenuti e criticità dommatiche.

Con la c.d. legge Gelli-Bianco, infatti, la (ir)responsabilità penale del medico, per quanto normativamente circoscritta ai soli casi di accertamento di condotte imperite, non aveva mancato, per i giudici di legittimità, di positivizzare una chiara scelta di campo del legislatore che, in linea con lo sviluppo del precedente dibattito giurisprudenziale maturato sulla c.d. legge Balduzzi, pure aveva finito per riproporre il problema dell'estrema fluidità dei confini fra le diverse nozioni di colpa generica<sup>61</sup>. Ed una tale affermazione sembra trovare la sua diretta conferma anche nei primi contributi dottrinali, critici verso una prassi della normativizzazione di un diritto penale giurisprudenziale, nonché verso le evidenti aporie generate da quell'effetto "boomerang" di cui pure sopra si è già detto<sup>62</sup>.

Nel sottolineare il ruolo drasticamente selettivo dell'imperizia, infatti, non manca chi ha finito per individuarvi le insidie di un "cavallo di Troia", in grado di boicottare sistematicamente gli intenti deflattivi della riforma<sup>63</sup>. L'accertamento della imperizia, infatti, nel richiedere una valutazione di adeguatezza 'personalizzata' delle linee guida alle specificità del caso concreto, finisce per riproporsi come tutt'altro che agevole. Inoltre, anche in considerazione del fatto che i casi più complessi al vaglio di giudizio riguardano proprio ipotesi di imperizia relativa ad interventi di grande difficoltà tecnica, torna prepotentemente alla ribalta la nota questione relativa all'applicabilità della norma civile di cui all'art. 2236 c.c. al giudizio penale in tema di colpa. Del resto, proprio per evitare una tale nuova deriva, e per fornire argomenti utili a rafforzare un giudizio di colpa penale medica, le Sezioni Unite Mariotti hanno sul punto sostenuto quanto segue: "[...] l'art. 2236 c.c. può trovare considerazione nel giudizio penale non per effetto di diretta applicazione, ma in quanto criterio di razionalità di giudizio e regola di esperienza, sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà [...]". In tal modo il Supremo Consesso ha rifuggito quegli estremismi che lo hanno portato a sposare un orientamento intermedio, laddove, pur sostenendo l'inapplicabilità della norma civile in campo penale, si è giunti a riconoscere in essa quel criterio di razionalità rispondente ad una regola di esperienza cui il giudice penale può validamente attenersi<sup>64</sup>. E tutto

<sup>61</sup> Sul punto ancora C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza*, cit., ivi.

<sup>62</sup> Volendo fare propria l'osservazione di P. POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 20 febbraio 2017, 93.

<sup>63</sup> Per quanto pure lucidamente rilevato da O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.* 2017, 2163.

<sup>64</sup> Per una soluzione di compromesso che, ispirando le SS.UU. Mariotti, trae la sua origine da *Cass. pen.*, Sez. IV, 6/3/2015, n. 9923, e che sembra confermarsi anche nella giurisprudenza successiva, per tutte cfr. *Cass. pen.*, sez. IV, 22/6/2018 n. 37794, De Renzo, in *dejure*; in dottrina cfr. P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, cit., 1 ss.

questo anche al fine di creare i presupposti per il rafforzamento di semplificazione sul terreno ermeneutico della possibile confluenza delle ipotesi di colpa per imprudenza e negligenza in forme ‘mascherate’ di colpa per imperizia, capaci di attenuare le possibili irragionevolezza casistiche con la disciplina legislativa precedente<sup>65</sup>.

#### **4.1.1. - Il ruolo delle linee guida accreditate nella valutazione del grado della colpa.**

Ma accanto alla presa di posizione giurisprudenziale sui criteri di accertamento della colpa per imperizia nel diritto penale della medicina, la c.d. legge Gelli-Bianco ha fornito, anche dal punto di vista disciplinare delle linee guida, una ulteriore occasione per riflettere su di una dettagliata indicazione normativa dei requisiti formali atti ad individuare le raccomandazioni tendenzialmente vincolanti per gli esercenti le professioni sanitarie, non senza precisare che le linee guida devono essere integrate nel Sistema nazionale e pubblicate nel sito internet dell’Istituto superiore di sanità.

Di certo, la scelta di regolamentare l’*iter* di accreditamento delle linee guida, oltre a contribuire ad una più agevole conoscenza del discrimine tra lecito ed illecito sul fronte penalistico, ha anche consentito di registrare un ulteriore effetto positivo, vale a dire quello di avere sottratto il singolo medico (e, dunque, conseguentemente il giudice) al vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere nell’esercizio della propria attività professionale. Ed è inutile dire, da questo punto di vista, che tutto ciò sia stato percepito come uno sforzo disciplinare sicuramente apprezzabile, proprio in ragione del numero così elevato di linee guida che, elaborate dalle svariate società scientifiche, finora hanno alimentato il timore di una selezione *ex post* - in sede processuale penale - delle fonti legittimate all’accertamento della condotta colposa medica<sup>66</sup>.

Tuttavia, pur in presenza di un deciso passo in avanti sul terreno della formalizzazione, non possono ancora dirsi superate le vivaci critiche sulla natura cautelare nonché le riserve avanzate in merito alla reale adeguatezza delle linee guida - per quanto ufficializzate - ad ergersi a paradigma d’imputazione colposa in sede penale<sup>67</sup>. Le perplessità, infatti, persistono, anzitutto, sull’ontologica impossibilità di formalizzare cautele assolute in settori, come quello medico, che “soffrono” qualsivoglia forma di sterile standardizzazione, a fronte di una necessaria personalizzazione da riferirsi al caso concreto; del resto, è testualmente previsto che il sanitario indagli le specificità che, nel caso da affrontare, potranno condurlo proprio all’(opposto) obbligo di discostarsi *ragionevolmente* in sede

---

<sup>65</sup>Sul punto v. *supra* p. 9 s.

<sup>66</sup> C. CUPELLI, *L’eterointegrazione della legge Gelli-bianco: aggiornamenti in tema di linee guida ‘certificate’ e responsabilità penale in ambito sanitario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 31 ottobre 2017, 268.

<sup>67</sup> Per una sintesi del dibattito sul punto v. *supra*, nota 16; analizza il nuovo sistema di raccolta e pubblicazione delle linee-guida “accreditate”, da ultimo D. CENCI, *Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it) del 13.1.2021, 12 ss.

esecutiva da quanto formalmente raccomandato. Ed è inutile dire che solo una tale condivisibile presa di posizione può consentire di allontanare quell'ulteriore timore pure fortemente paventato, riguardante il rischio relativo all'istituzione di una vera e propria medicina di Stato<sup>68</sup>. Tale allarmante affermazione, infatti, è il frutto di una rinnovata e persistente perplessità: il processo di astrazione nella inosservanza di linee guida da cui far discendere in via automatica la (ir)responsabilità penale professionale del sanitario, nel nuovo testo normativo così come proposto nella c.d. legge Gelli-Bianco, se non corretto in via ermeneutica, finisce per attivare la predisposizione di discutibili sistemi di "risk management", per cui le linee guida verrebbero ad essere "[...] legate a doppio filo sia alla gestione del rischio che alla razionalizzazione delle spese, prescrivendo non tanto - o non soltanto - la terapia migliore, ma quella che si dimostra più efficace al minor costo! [...]"<sup>69</sup>.

A dire il vero, dunque, una tale presa di posizione critica trova opportuna ed evidente conferma anche su altro fronte: l'accreditamento delle linee guida potrebbe indurre *prima facie* ad un ripensamento circa la loro natura giuridica in termini di regole precauzionali di matrice addirittura regolamentare. E, però, sul punto la lettera della legge prevede chiaramente che il rispetto delle linee guida in sede diagnostica sia solo il presupposto per valutare, in concreto, se residui un'imperizia in sede esecutiva, dal momento che occorrerà in tale ultima fase sondare anche l'adeguatezza delle cure al caso concreto. Del resto, proprio per ridurre tutte le critiche relative all'ampia discrezionalità del giudice nel sindacato di una tale adeguatezza, la "soluzione" lucidamente auspicata in dottrina è stata quella di sensibilizzare gli interpreti ad operare un tale giudizio rigorosamente *ex ante*, ma tenendo conto delle specifiche circostanze del caso concreto, conosciute e conoscibili dal medico curante all'atto della presa in carico del paziente e alla luce del quadro clinico esistente in quel momento<sup>70</sup>.

Quest'ultimo approccio, in verità, si pone in netto contrasto con quello di chi<sup>71</sup>, nel mettere in dubbio la possibilità di una netta separazione tra linee guida adeguate e loro adeguamento, contesta una precisa ricognizione di confini delle diverse fasi in cui può manifestarsi l'imperizia medico-sanitaria per come risulta oggi ricostruita anche dalla giurisprudenza. Una visione rigorosamente empirica, pertanto, indurrebbe a rendere difficoltosa la distinzione tra le due categorie concettuali (o classi di errore) di tipo diagnostico-terapeutico. Inoltre, se nella prassi applicativa il mancato rispetto o la scelta inadeguata della linea guida (punibile) è quasi indistinguibile dal suo discostamento esecutivo in sede di attuazione

---

<sup>68</sup> La provocatoria ricostruzione è ripresa da P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, cit., 7.

<sup>69</sup> Così L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) del 5 giugno 2017, 10.

<sup>70</sup> Per un giudizio *ex ante*, ma a base totale cfr. C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590 sexies c.p.*, cit., 1977; ID., *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.* 2017, 1777 ss.; P. 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) del 20 febbraio 2017, 1 ss.

<sup>71</sup> Cfr. L. RISICATO, *op.ult.cit.*, ivi.

(esonerato da responsabilità penale, in caso di colpa lieve)<sup>72</sup>, il vero problema resta quando ad una selezione adeguata segua un *ragionevole* scostamento dalle stesse, frutto di una ‘oggettivizzata personalizzazione’ del caso concreto, in nome di una altrettanto chiara e conseguente distinzione tra forma e grado della colpa<sup>73</sup>.

Da questo punto di vista, a ben vedere, le maggiori criticità sono riconducibili all’essenza stessa delle raccomandazioni contenute nelle linee guida che, pensate “a formazione progressiva”, finiscono per investire l’intero percorso dell’intervento terapeutico, secondo una continuità tra fase di individuazione/selezione e fase attuativa/esecutiva<sup>74</sup>. E la carenza, al momento, di una precisa messa a fuoco del confine tra linea guida “adeguata” e suo “adeguamento”, finisce per alimentare fondati dubbi sul concreto margine applicativo dello stesso nuovo art. 590-*sexies* c.p.”<sup>75</sup>. Del resto, anche per le “buone pratiche clinico-assistenziali”, la c.d. legge Gelli-Bianco, nel richiedere espressamente di operare una loro formalizzazione attraverso un Osservatorio nazionale *ad hoc*, pure finisce per ingenerare una confusione in regole procedurali che, volte ad evitare la verifica di un evento lesivo per negligenza o imprudenza, inducono il permanente ricorso ad una estensione del giudizio ‘personalizzato’ sulla colpa penale per imperizia ‘mascherata’<sup>76</sup>.

Ed è proprio per ovviare ad una tale possibile ‘manipolazione ermeneutica’ riparatrice che l’approdo giurisprudenziale cui giungono le Sezioni Unite Mariotti non ha potuto fare a meno di prospettare la sicura reviviscenza di una gradazione “implicita” della colpa per imperizia professionale del sanitario, in realtà - come già attentamente rilevato<sup>77</sup> - già sottesa al nuovo dettato normativo. Tanto che, come precisato dallo stesso Supremo Consesso, “[...] la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non preclude una ricostruzione della norma che ne tenga conto [...]”. E tutto ciò per dimostrare che, accanto alla forma, anche il grado della colpa può contribuire, in funzione deflattiva, soprattutto alla scelta di non circoscrivere la nuova causa di esclusione della responsabilità penale del sanitario, per quanto avviene nel vigente art. 590-*sexies* c.p., alle sole ipotesi di colpa per imperizia. Per tale via si va riducendo il rischio per cui, nel tentativo di una conseguente drastica riduzione della discrezionalità del giudice, il

<sup>72</sup> Secondo quanto pure rileva A. MERLI, *Una proposta a fronte del fallimento dell’assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen. web* 1/2020, 10.

<sup>73</sup> Per una tale impostazione, e per una chiarificazione dei rapporti tra colpa ragionevolmente lieve e oggettiva personalizzazione in concreto della stessa nel pieno rispetto di esigenze della legalità penale cfr. A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore*, cit., p. 10-11 ss. e spec. alla nota 44.

<sup>74</sup> Cfr. A. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) del 17 gennaio 2020, 30.

<sup>75</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 3 Aprile 2017, 208.

<sup>76</sup> Cfr. L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 11 ss.

<sup>77</sup> Volendo riprendere quanto già preannunciato in dottrina da C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.* 2017, 1774; L. RISICATO, *Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.* 2017, 1523.

procedimento di formalizzazione delle linee guida possa fornire il suo decisivo contributo alla sottrazione dei confini della colpa grave, *rectius* non lieve, ad una legalità *per saltum*, appannaggio di una determinatezza del giudice<sup>78</sup>.

Quella della delimitazione dei contorni della colpa è una problematica che, sicuramente non nuova, sembra richiamare un meccanismo già sperimentato in tema di dolo eventuale<sup>79</sup>, e che finisce per concretizzarsi nella ricerca della individuazione di indicatori, ovvero di criteri non tassativi, necessariamente formulati per orientare *ex post* il giudice del caso concreto. La *ratio* è sempre la stessa: evitare accuratamente processi di astrazione mediante congetture che impediscono processi di personalizzazione della responsabilità penale, espressione di esigenze razionali di integrazione sociale<sup>80</sup>.

Ed in ambito strettamente riferibile alla responsabilità penale per colpa professionale del medico risulta facile comprendere come, partendo proprio dalla osservazione della giurisprudenza maturata sotto la vigenza del decreto Balduzzi, si sia fatto ricorso nella prassi ad una molteplicità di parametri, chiamati a fornire il limite empirico nell'accertamento razionale di una colpa penalmente (in)colpevole<sup>81</sup>. Tra gli indicatori considerati, ad esempio, si è fatto riferimento alle specifiche condizioni dell'agente, al suo grado di specializzazione, alla problematicità o equivocità della vicenda, alla particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato, al grado di atipicità e novità della situazione, alla motivazione della condotta.

Ed ecco perchè, come si è visto, le Sezioni Unite Mariotti - superando talune critiche provenienti dalla dottrina<sup>82</sup> - fanno rivivere quella 'gradazione' della colpa che, seppur scomparsa nella c.d. legge Gelli-Bianco, andrebbe recuperata in via

---

<sup>78</sup> Sul punto cfr. per tutti la lezione di S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, passim.

<sup>79</sup> Si pensi al noto caso THYSSENKRUPP, Cass., Sez. Un., 18/09/2014, n. 38343, in *DJG*; in dottrina, senza pretesa di completezza, cfr. A. AIMI, *Si conclude definitivamente il processo ThyssenKrupp*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 9 gennaio 2017, 1; A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 giugno 2015, 1 ss.; S. RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"*, in *Dir. Pen. Cont.* 2015,4, 402 ss.

<sup>80</sup> Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia* 2012, p. 304.

<sup>81</sup> Per ulteriori criteri cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1723 ss.

<sup>82</sup> Invero, gli indicatori di grado pure sono stati criticati e definiti come tracce di percorsi motivazionali "a ostacoli", posto che - ad esempio - anche in assenza di problemi clinici particolarmente complessi, la condotta potrebbe attestare l'eventuale errore a un livello di assoluta lievità, così E. MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, cit., 6.

implicita in un tessuto normativo che non la esclude<sup>83</sup>, in quanto espressione di una rilettura dello stesso non *contra legem*, ma *ultra legem*<sup>84</sup>.

Pertanto, nell'ambito della relativizzazione di una tale criticità, risulta evidente come il diritto penale giurisprudenziale ha inteso così restituire margini di razionalità ad una norma, il nuovo art. 590-*sexies* c.p., che, diversamente, avrebbe reso concretamente inapplicabile l'ipotesi di non punibilità ivi prevista. Tuttavia, e questo non è senza rilievo, la stessa valorizzazione del grado della colpa pure presenta insidie nel momento in cui potrebbe "evaporare", per un errore di imperizia lieve, sia al cospetto di linee guida adeguate e pertinenti che contemplino anche una regolamentazione della fase esecutiva, sia dinanzi a linee guida che non includano riferimenti alla fase esecutiva. Difatti, in tali casi, la lettura offerta dalle Sezioni Unite non renderà invocabile la non punibilità, trovando applicazione i criteri ordinari di imputazione colposa per imperizia di cui all'art. 43 c.p.<sup>85</sup>.

Ma i rilievi sopra esposti, per quanto destinati ad alimentare il dibattito nella materia che ci occupa, sembrano scontare, in verità, una ulteriore quanto inevitabile crisi nella attuale disciplina della colpa penale professionale del medico. Qui, rimandando - ancora una volta - a problemi di diritto intertemporale, è possibile, infatti, individuare una vera dicotomia con la disciplina precedente che è da rinvenire nella difficile concretizzazione del rapporto tra colpa per inosservanza e colpa per osservanza di linee guida. Solo attraverso una necessaria chiarificazione del rapporto tra forma e grado della colpa si può arrivare a superare quell'approccio tradizionale per cui, nel primo caso, essa si assolutizzerebbe sull'*an*, mentre nel secondo caso solo sul *quantum* di pena<sup>86</sup>. Pertanto, a ben vedere, in un tale rinnovato contesto sistematico, risulta facile comprendere come solo recuperando un 'inedito' criterio selettivo, preliminarmente ad ogni ulteriore valutazione di merito sul grado della colpa, ci si potrà spingere alla valorizzazione di un accertamento razionale della stessa. Ebbene, rinviando l'*an* della responsabilità penale colposa al grado della stessa, questa si erge, in via politico-criminale, al rango di una esimente che, senza irragionevolmente limitarsi ai soli casi di speciale difficoltà tecnica, verrebbe ispirata dal rinvio ad un criterio di razionalità e ad una regola di esperienza da far rivivere anche nella personalizzazione delle ulteriori ipotesi di negligenza ed imprudenza dell'agire medico-sanitario<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Sul punto, in dottrina, ci si è chiesti come la volontà del legislatore possa essere resa più esplicita tutte le volte in cui ad un primo testo approvato che contiene una distinzione, ne segue un altro che non la contiene più, cfr. P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 20 aprile 2018, 6.

<sup>84</sup> Lucidamente sul punto cfr. V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 5 marzo 2020, 140-141; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 24 maggio 2018, 241 e 247.

<sup>85</sup> Per una sintesi del dibattito cfr. C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590 sexies c.p.*, cit., 1987.

<sup>86</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 11/03/2013, n. 11493.

<sup>87</sup> Così G.A. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., passim; A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore*, cit., pp. 11-12 del dattiloscritto; in giurisprudenza, per tutte Cass. pen., Sez. IV, 30.04.2018, n. 10396.

### 5. - Per una ‘riforma delle riforme’: lo ‘scudo penale’ come ‘terza via’ tra la medicina difensiva e la sanzione più grave. Il contributo dell’autonormazione privatistica all’autocontrollo penale.

Le questioni sopra agitate, allora, consentono di evidenziare come, accanto alla presa d’atto di apprezzabili sforzi interpretativi atti a chiarire il quadro normativo attuale, vengono ad aprirsi sul fronte della responsabilità penale professionale medica ampi spazi per riflessioni *de jure condendo*. Tutto questo, infatti, sembra la naturale conseguenza dell’insuccesso del recente sforzo teso alla positivizzazione del diritto penale della medicina che, ridotto a “lettera-morta” in quanto frutto di fenomeni contingenti<sup>88</sup>, ha consentito di verificare l’incapacità di raggiungere, sul piano politico-criminale, l’obiettivo del legislatore: il razionale bilanciamento tra un agire professionale medico di garanzia ed una tutela del diritto alla salute del paziente, in grado di arginare il problema della corsa al processo penale come sanzione. E ciò, pure in nome della valorizzazione sussidiaria di misure civilistiche, così come rafforzate dalla c.d. legge Gelli-Bianco<sup>89</sup>.

Da questo punto di vista, allora, non è mancato chi ha prospettato di risolvere il problema (ri)affidandolo alla ‘deontologia ermeneutica’<sup>90</sup>, e ciò al fine di giungere ad una limitazione della colpa penale professionale medica attraverso la valorizzazione:

a) da un lato, delle categorie ordinarie della colpa penale, con la conseguente attribuzione in sede giudiziaria di un rigoroso e più adeguato rilievo alla dimensione soggettiva della colpa nella forma più elementare della prevedibilità e dell’evitabilità dell’evento lesivo, al fine di porre sul tappeto - con fermezza - l’esigenza di un controllo fortemente ancorato alla dimensione della (in)colpevole responsabilità colposa del medico<sup>91</sup>.

a) dall’altro, e pur sempre sul piano della colpevolezza e della personalizzazione della responsabilità penale professionale del medico, sollecitando, nel solco delle Sezioni Unite Mariotti, una specificazione della (ir)rilevanza della colpa penale professionale medica ‘(ir)ragionevolmente’ lieve, a completamento della stessa colpa grave, *rectius* non lieve<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Facendo propria la critica di E. MEZZETTI, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-kulturnormen*, in *Arch. pen. web* 2/2019, 1 ss.

<sup>89</sup> Per una tale impostazione cfr. B. ROMANO, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, cit., 13.

<sup>90</sup> Riproponendo la questione alle Sezioni Unite ex art. 618 c.p.p., oppure sollevando una questione di legittimità costituzionale dell’art. 590 sexies c.p., per quanto pure rilevato da P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l’imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, cit., 11.

<sup>91</sup> Cfr. A. MERLI, *Una proposta a fronte del fallimento dell’assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, cit., 29.

<sup>92</sup> Da sempre caratterizzata da una storica scarsa attenzione, cfr. R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, 233; sui rapporti tra colpa grave e ragionevolmente (non) lieve cfr. da ultimo A. SESSA, *op.ult.cit.*, 12.

Ma accanto a tali opzioni di politica criminale dell'ermeneutica non è mancato, in verità, anche chi ha privilegiato più auspicabili e rinnovate soluzioni da affidare al diritto positivo. Ed in quest'ordine di idee si colloca il disegno di legge depositato il 12 febbraio 2020 a Palazzo Madama dal senatore Gianni Pittella che, puntando a rivedere l'art. 590-*sexies* c.p., si propone di eliminare per la responsabilità penale colposa del medico non solo la distinzione tra le tre forme della colpa generica, ma anche di recuperare ad esse ed in via esplicita il limite della colpa lieve che, inoltre, andrebbe riferito a tutte le ipotesi di reato, e non solo agli artt. 589 e 590 c.p.<sup>93</sup>. Si tratta di una opzione normativa che sembra incontrare anche il favore di chi ammette una rivalutazione dell'idea di limitare la rilevanza penale al grado grave della colpa, ma solo a condizione della determinazione chiara della definizione normativa di tale "gravità" o non lievità<sup>94</sup>.

Nella stessa direzione riformista va annoverata, infine, anche la proposta di chi, con l'abrogazione dell'art. 590-*sexies* c.p., auspicherebbe un ritorno al riferimento ai criteri ordinari di accertamento della colpa, per come riferibili all'art. 43 c.p., ritenendoli idonei a favorire un assetto più equilibrato che, senza inutili complicazioni ricostruttive, risulterebbe anche in grado di sconfessare illogicità o inevitabili incertezze connesse alla scelta legislativa di riservare trattamenti di favore nei confronti dei (soli) sanitari<sup>95</sup>.

Non vi è chi non veda, però, come una tale ultima soluzione, pur apprezzabile nel tentativo di superare gli stessi problemi ancora fortemente controversi sul rapporto tra colpa e regole o pseudo-regole cautelari<sup>96</sup>, finisce per vanificare, da un lato, i risultati di quel dibattito ampiamente sviluppatosi sulla selezione del grado della colpa penalmente rilevante come verificabile strumento di riduzione del rischio penale dei sanitari<sup>97</sup> e, dall'altro, i risultati per come decisamente evidenziati anche nelle proposte rinvenibili nell'attuale contesto emergenziale pandemico. Neppure qui, infatti, le condizioni letteralmente richieste dall'art. 590-*sexies* c.p. sono sembrate "conformabili" alla specificità dell'esonero da responsabilità penale in materia, al punto da provare a pensare all'introduzione di un'apposita disciplina. Quest'ultima, volta ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa e plasmata sulle peculiarità di una medicina dell'emergenza, avrebbe concretizzato più fedelmente quell'idea che le Sezioni Unite Mariotti hanno recuperato in via ermeneutica, vale a dire l'idea di uno "scudo penale" così come scolpito in uno degli emendamenti proposti al c.d. decreto Cura Italia

---

<sup>93</sup> Un rinvio alla voce ferma del legislatore, ed alle possibili vie d'uscita nel dopo le SS.UU. Mariotti, è auspicato da C. CUPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590 sexies c.p.*, cit., 1993 ss.; P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 20 Aprile 2018, 1 ss.

<sup>94</sup> Portando ad ulteriore compimento quanto affermato da A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014, 193.

<sup>95</sup> In questi termini, E. MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, cit., 9.

<sup>96</sup> V. *supra* nota 16.

<sup>97</sup> Cfr. G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.* 2019, 1 ss.

(decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18), e volto propriamente a “[...] ridefinire, per il periodo di emergenza da Covid-19, il perimetro della responsabilità per medici e operatori del settore”<sup>98</sup>, agganciandolo al tentativo – per la prima volta – di riempire di contenuto normativo il concetto di colpa grave, da collegare ad una serie di puntuali parametri.

Ed è su questa via che si rafforza ulteriormente, allora, l’esigenza di una “riforma delle riforme” che, per il diritto penale della medicina, passando necessariamente attraverso la positivizzazione del ripensamento delle categorie del diritto penale tradizionale, è destinata a favorire una necessaria riformulazione della recente normativa in tema di colpa penale medica. E, dunque, l’auspicio è quello proiettato al superamento del ruolo suppletivo della deontologia ermeneutica con la determinatezza sistematica del legislatore. Quest’ultima, riconoscendo la funzione politico-criminale di un nuovo statuto penale del grado della colpa, sarà chiamata a disciplinare - a precise condizioni e senza privilegi di impunità - quello ‘scudo penale’ capace di impedire il ricorso ‘abusivo’ al processo penale come strumento sanzionatorio irrazionale ed idoneo a porsi a fondamento della medicina difensiva<sup>99</sup>.

Certo, sulla base di una tale presa di posizione, pure si potrebbe valutare la costruzione di una colpa c.d. speciale che, distinta da quella comune e da riferire ad attività rischiose, ma socialmente utili (sanitarie, infortunistiche, stradali, etc.), sappia, in una visione sistematica ed unitaria, rivalutare l’idea di limitare la rilevanza penale della colpa a quella grave, sul modello della “gross Negligence” anglosassone ovvero della “Leichtfertigkeit” o “große Farlässigkeit” tedesca<sup>100</sup>. Tuttavia, il percorso di riforma che il legislatore italiano ha più recentemente seguito conduce verso la valorizzazione in termini di garanzia della colpa ragionevolmente ‘non lieve’ come fondamento superiore della responsabilità professionale penale, per quanto capace di evitare il rischio di mandare colpevoli degli innocenti ovvero innocenti dei colpevoli, a detrimento di quel razionale bilanciamento tra valori parimenti meritevoli di tutela che l’ordinamento è tenuto a perseguire.

E allora, la valorizzazione sistematica della funzione politico-criminale del grado della colpa, in un contesto ordinamentale recuperato ad esigenze di ragionevolezza, e per come sopra ricostruito, sembra rappresentare una nuova

---

<sup>98</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli ‘irresponsabili’ alla tutela degli operatori sanitari*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 30 Marzo 2020, 11 ss.

<sup>99</sup> Sui rapporti tra scudo penale e spazio libero dall’illecito nell’ambito di un diritto penale ‘inedito’, ma che risponde a strutture coerenti con opzioni di valore di derivazione normativo-superiore cfr. A. SESSA, *op.ult.cit.*, ivi e passim.

<sup>100</sup> Per una compiuta sintesi del dibattito cfr. E. MEZZETTI, *La colpa grave del medico*, cit., 9; G. FORTI - M. CATINO - F. D’ALESSANDRO - C. MAZZUCCATO - G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010, passim; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1206 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 395 ss.; A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, spec. 275-281; R. WENIN, *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell’esperienza tedesca ed europea*, in *Ind. pen.* 2005, 239 ss.

modalità di affermazione di un diritto penale ‘inedito’<sup>101</sup>, sconosciuto alla parte generale. Questa, in conclusione, appare la strada maestra per fornire, con l’ausilio dell’autonormazione privatistica<sup>102</sup>, le basi per quella ‘normatività dinamica’<sup>103</sup> chiamata a recuperare una coerente corrispondenza tra strutture ed opzioni di valore, espressione di quella legalità complessa capace di offrire un decisivo contributo all’autocontrollo penale nella piena attuazione di regole di sussidiarietà da stato sociale di diritto<sup>104</sup>.

E l’accoglimento di questa tensione evolutiva delle strutture penali classiche rappresenta indubbiamente l’inizio di un cammino verso un sentiero finora inesplorato che, nel tradurre il grado ‘lieve’ della colpa in uno ‘scudo penale’ per gli operatori sanitari, si riveli da solo in grado di riflettere un equilibrato bilanciamento tra garanzia dell’agire medico e garanzia della salute dei pazienti, quali destinatari (non più) “privilegiati” delle finalità proprie del diritto penale della medicina.

### Abstract

Il presente lavoro analizza le questioni ermeneutiche più spinose elaborate in tema di responsabilità colposa professionale del sanitario. E proprio partendo dal ruolo suppletivo del diritto vivente, seguirà una analisi dell’attuale quadro normativo, con alcune riflessioni *de iure condendo*. I risultati del dibattito finora sviluppatosi condurranno alla presa d’atto dell’incapacità del diritto penale della medicina - così come positivizzato dalle recenti riforme - di arginare il fenomeno della medicina difensiva, frutto del ricorso al processo penale come sanzione. Da qui l’esigenza di elaborare un ripensamento delle categorie del diritto penale tradizionale che porti a riconoscere nella gradazione della colpa un criterio selettivo del penalmente (ir)rilevante, in una funzione politico-criminale, derogatoria rispetto a quella commisurativa classica. Questo nuovo statuto penale del grado della colpa si colloca agli albori di un diritto penale “inedito” e, dunque, di un cammino verso una “riforma delle riforme” che sappia tradurre il grado ‘lieve’ della colpa in una sorta di ‘scudo penale’, capace di impedire la corsa al processo e di

---

<sup>101</sup> Quale ulteriore esempio di diritto penale sconosciuto alla parte generale che, frutto di una dommatica votata alla realizzazione piena di esigenze di integrazione sociale, si allontana dai canoni tradizionali degli istituti, e che sembra trovare conferma, accanto ad uno ‘scudo penale’, nella stessa valorizzazione di un nuovo statuto penale delle scriminanti per la costruzione di uno spazio libero dall’illecito per un diritto penale vicino alle ragioni dell’uomo, cfr. da ultimo A. SESSA, *Strutture ed opzioni di valore*, cit., p. 1 ss. e 12 ss del dattiloscritto.

<sup>102</sup> Sui rapporti tra autonormazione privatistica e pubblicistica nella razionalizzazione del controllo penale lontano da ineffettivi ‘totalitarismi’ cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti?*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli 2016, 117 ss.; S.B. TAVERRITI, *L’autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, Tesi di dottorato di ricerca in scienze giuridiche C. Beccaria. Curriculum diritto penale e processuale penale, XXXI Ciclo, 2017/2018, passim e spec. p. 300 ss.

<sup>103</sup> Cfr. da ultimo F. PALAZZO - F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, 22 ss.

<sup>104</sup> Cfr. A. SESSA, *op. ult. cit.*, passim.

realizzare il più razionale bilanciamento tra libere scelte d'azione del medico e tutela del diritto alla salute del paziente.

*The present work examines the most critical interpretative issues on the subject of healthcare professional negligence. Starting from the supplementary role of Court decisions, the work analyses the current regulatory framework with some reflections de iure condendo. The results of the debate that has developed so far will lead to the acknowledgment of the inability of the criminal law of medicine - as arranged by recent reforms - to stem the phenomenon of defensive medicine, the result of recourse to the trial conceived as a sanction. Hence there is the need to rethink the categories of traditional criminal law, in order to recognize the guilt's degree as a selective criterion of the criminal (ir)relevance in a political-criminal function, derogatory from the classical commensurative one. This new criminal regulation based on the guilt's degree is at the dawn of an "unpublished" criminal law, and thus of a path towards the "reform of the reforms". The aforesaid reform should be able to interpret the 'light' guilt's degree into a sort of 'criminal shield', with the intention of preventing the rush to the trial and of achieving the most rational balance between doctor's free choices of action and the protection of the patients' right to health.*