

## L'ACCERTAMENTO DELLA COLPA MEDICA NELLA GIURISPRUDENZA POST MARIOTTI (\*)

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Un principio nuovo. – 2. Il principio sotto la lente d'ingrandimento. – 3. Due nuove categorie dogmatiche. – 4. Distinzione osservanza/inosservanza nel post Mariotti. – 5. L'indefettibile requisito del rispetto. – 6. La speciale difficoltà del caso. – 7. Confronto fra la Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p. – 8. Forma e grado della colpa nel diritto intertemporale. – 9. La colpa grave *ad abundantiam*. – 10. Una proposta conclusiva.

### 1. Un principio nuovo.

Che cos'è successo dopo l'intervento delle Sezioni Unite con la nota sentenza Mariotti<sup>1</sup>?

Sono proseguiti o no gli sforzi della giurisprudenza per dare un assetto stabile alla colpa medica?

Sì. Sono proseguiti. Un'analisi di un campione di 21 sentenze di legittimità lo conferma in pieno. Certo, non le consideriamo tutte nel dettaglio: vediamo però di cogliere a fondo le linee di tendenza. Come si suol dire, vediamo bene che cosa bolle in pentola. E per vedere bene dobbiamo ovviamente privilegiare la chiarezza.

*In primis* possiamo osservare che è sbocciato un principio nuovo, espresso per la prima volta da [Sez. IV, 37794/18, De Renzo](#): “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*

---

(\*) Testo aggiornato della relazione al convegno *La responsabilità colposa nell'ambito delle attività sanitarie*, tenutosi alla Scuola Superiore della Magistratura in villa Castel Pulci di Scandicci dal 19 al 21 novembre 18

<sup>1</sup> Sulla sentenza si segnalano le note: C. CUPELLI, [L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, p. 246 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, [La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra 'nuovi' spazi di graduazione dell'imperizia e 'antiche' incertezze](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 25 ss.; G. MARRA, *La rilevanza della colpa grave nella causa di non punibilità prevista per il sanitario dalla legge Gelli-Bianco*, in *il Penalista*, 27 febbraio 2018; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia lieve del medico*, in *Giur. it.*, 4/2018, p. 948 ss. R. BARTOLI, [Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2018, p. 233 ss.; R. BLAIOTTA, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), in questa *Rivista*, 28 maggio 2018.

- *se e in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali*

Secondo questa sentenza (c.d. De Renzo) i detti accertamenti sono stati imposti prima dalla legge 189/2012, c.d. legge Balduzzi e poi dalla legge n. 24/2017, c.d. legge Gelli-Bianco<sup>2</sup>. Il principio è stato poi ribadito da Sez. IV, 49884/18, Pinto e da [Sez. IV, 412/19, Bonaiuto](#).

Solo per illustrare il principio, ecco in quattro battute il caso della De Renzo: una torsione di funicolo spermatico non diagnosticata, con successiva necrosi testicolare e necessità di escissione del testicolo. In primo e secondo grado viene condannato per lesioni personali colpose il medico del pronto soccorso, che ha dimesso il paziente senza chiedere una consulenza urologica o chirurgica. La Corte d'Appello asserisce che la condotta del medico si è posta *“abbondantemente oltre i limiti delle linee guida”*. La Cassazione annulla con rinvio, asserendo *“non soddisfacente”*, questa motivazione, per l'omesso accertamento della forma e del grado di colpa e imponendo quindi al giudice del rinvio l'accertamento della forma e del grado della colpa.

## 2. Il principio sotto la lente d'ingrandimento.

Chiediamoci: davvero *non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme a legge* una motivazione che tralasci di accertare la forma e il grado della colpa?

È vero. È tuttavia necessaria una messa a fuoco del principio in ordine alla diversa rilevanza che la forma e il grado della colpa possono assumere.

Sgombriamo pure il campo dal dovere accertare se si tratti di colpa generica o specifica, come richiede la De Renzo. Questa è in fondo solo di una questione di estetica della sentenza, di *make up* giurisprudenziale. Ciò che conta è l'osservanza o no di una regola cautelare, a prescindere dalla fonte, se contenuta o no in leggi, regolamenti, ordini o discipline *ex art. 43* alinea III c.p.<sup>3</sup>. Consideriamo, ad es., le linee guida: non è mai stata un ostacolo pratico la questione se la loro inosservanza dia luogo a colpa generica o specifica<sup>4</sup>. Sul piano pratico quindi, la questione può rimanere impregiudicata. La stessa sentenza ora in esame non insiste assolutamente sul punto e la relativa affermazione di principio sembra fatta più che altro per ragioni di completezza dell'accertamento.

Veniamo invece all'imposto obbligo di accertare la forma della colpa: negligenza, imprudenza o imperizia, nonché il grado, lieve o grave.

---

<sup>2</sup> Per uno spaccato completo delle questioni sollevate dalla legge Gelli, v. L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 5 giugno 2017.

<sup>3</sup> In argomento: F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, n. 12, II, 577; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 274.

<sup>4</sup> Sulla natura delle linee guida come fonti cautelari, diffusamente: Sez. IV, 35922-12, Ingrassia, est. Piccialli, Rv 254618.

Nell'alternativa punibilità/non punibilità quest'obbligo sussiste solo qualora si tratti di colpa per osservanza delle linee guida, perché questa è l'ipotesi che prevedono sia l'art. 3 I co. della legge Balduzzi sia l'art. 590-*sexies* c.p. La prima disposizione parla di sanitario che "*si attiene*", la seconda parla di linee guida "*rispettate*". E l'ipotesi di colpa per osservanza si verifica quando il medico si attiene a linee guida e non deve, perché il caso concreto obbliga a discostarsi. Ad es., le linee guida raccomandano la somministrazione di un farmaco contenente glucosio, ma il paziente è diabetico: il medico somministra comunque il farmaco, che produce uno scompenso glicemico. E con riferimento alla colpa per osservanza, l'art. 590-*sexies* c.p. assegna rilevanza sia alla forma che al grado della colpa, prevedendo, così come interpretato dalla Mariotti, la non punibilità solo se si tratta d'imperizia e di grado lieve; mentre l'art. 3 I co. legge Balduzzi assegna rilevanza al solo grado della colpa, prevedendo la non punibilità in ipotesi di colpa lieve indipendentemente dalla forma.

La colpa per inosservanza delle linee guida non è invece oggetto della lettera di nessuna delle due disposizioni. Ad es., dolore toracico, parestesia al braccio sinistro e sudorazione algida non indagati per infarto del miocardio, come invece raccomandano le linee guida, che sono quindi inosservate. In ipotesi d'inosservanza forma e grado della colpa assumono rilevanza nell'ambito della determinazione della pena. Una rilevanza quindi solo sul *quantum*, ma non sull'*an* della responsabilità. La forma assume rilevanza *ex art.* 133 II co. n. 3 c.p., che ha ad oggetto la condotta: la condotta negligente o imprudente, almeno in linea generale, suona più grave di quella imperita. Invece il grado della colpa, lieve o grave, assume rilevanza *ex art.* 133 I co. n. 3 c.p., che ha appunto ad oggetto il grado della colpa.

### 3. Due nuove categorie dogmatiche.

Ci troviamo così di fronte a due nuove categorie dogmatiche: colpa per osservanza e per inosservanza delle linee guida. Sono state partorite dalla Balduzzi e fatte crescere dalla Gelli-Bianco. Efficacemente in dottrina di usa anche una terminologia asimmetrica: adesione e divergenza<sup>5</sup>.

Fotografiamole. Usiamo immagini. Nell'attuale mappa della responsabilità sanitaria, queste nuove categorie dogmatiche rappresentano due strade diverse ad un bivio dal quale si dipartono via dell'Adesione e via della Divergenza. Imboccata via dell'Adesione, ci sono le tappe intermedie di forma e grado di colpa verso la meta luminosa della non punibilità. Ma una volta imboccata via della Divergenza, non ci sono tappe intermedie nella città colpa, occorrerà entrare nella città dopo, quella della causalità, per trovare tappe di speranza assolutoria.

Con altra metafora, ispirata dai compiti liceali, esiste una colpa da matita rossa: quella dell'osservanza e una colpa da matita blu, quella dell'inosservanza. L'errore da

---

<sup>5</sup> M. CAPUTO, "[Filo d'arianna" o "flauto magico" linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica](#)", in questa *Rivista*, 16 luglio 2012, 19.

matita rossa è in realtà un errore da evidenziatore rosso, il cui tratto poi può evaporare e scomparire a seconda della forma e del grado della colpa. L'errore da matita blu è però un errore da pennarello blu, insuscettibile di evaporazione.

Riprendiamo il caso della De Renzo: se nel giudizio di rinvio si dovesse confermare che la sintomatologia di scroto acuto imponeva una consulenza specialistica, si accerterebbe una colpa per inosservanza. La forma della colpa assumerebbe quindi rilevanza nella determinazione della pena.

Se invece si trattasse di colpa per osservanza, forma e grado della colpa potrebbero condizionare la punibilità ai sensi degli artt. 3 I co. della Balduzzi e 590-*sexies* c.p.

Condivisibile quindi l'accuratezza di accertamento richiesta con la De Renzo, ovviamente calata nel contesto imposto delle due nuove categorie dogmatiche e nella diversa rilevanza appartenente ad esse.

#### **4. Distinzione osservanza/inosservanza nel post Mariotti.**

La distinzione fra colpa per osservanza e per inosservanza era stata già ben tracciata poco dopo l'entrata in vigore della Balduzzi, con la chiarissima Sez. IV, 11493-13, Pagano, est. Piccialli, per la quale la Balduzzi è applicabile *“solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida”*<sup>6</sup>.

E nel post Mariotti questa nozione è rimarcata. Ad es., Sez. IV, 47801-18, Trupo, che così si esprime: *“Ai fini dell'applicabilità dell'art. 3 I co. della Balduzzi, qualora vi sia stata inosservanza delle linee guida e buone pratiche, non assume rilievo la distinzione fra colpa lieve e colpa grave e quindi rimane ferma la responsabilità penale”*. E viene di conseguenza ritenuta non applicabile la Balduzzi in un caso di tetraparesi neonatale da anossia per omesso parto cesareo, per l'affermata inosservanza di linee guida e buone pratiche in presenza di segni di sofferenza fetale e di gravidanza a rischio perché oltre termine, segni che rendevano mandatario il cesareo.

Ancora nel post Mariotti, [Sez. IV, 47748-18, Franceschini](#) nega l'applicazione della Balduzzi e dell'art. 590-*sexies* c.p. sul solo presupposto del non rispetto delle linee guida e buone pratiche, in un caso in cui il medico, esclusa una sindrome coronarica acuta, non ha posto in diagnosi differenziale una dissecazione aortica, in un paziente che continuava a lamentare dolori lombari resistenti alla terapia antalgica. Una volta accertata l'inosservanza cautelare, la sentenza tralascia, deliberatamente e legittimamente, l'accertamento di forma e grado di colpa.

---

<sup>6</sup> [Sez. IV, 11493-13, Pagano](#), in questa *Rivista*, 29 marzo 2013.

## 5. L'indefettibile requisito del rispetto.

Una lettura affrettata del principio della Mariotti potrebbe indurre a dubitare della conclusione appena assunta. Ricordiamo che per il principio posto dalla Mariotti, l'art. 590-*sexies* c.p. importa la non punibilità *se le linee guida sono state scelte con perizia e vi è imperizia lieve in fase esecutiva* di esse. Quindi, come si dice ormai nella pratica: *linee guida scelte peritamente, eseguite imperitamente, ma non molto*. Si potrebbe pensare che la non punibilità possa aversi anche per un'imperizia in fase esecutiva dovuta a inosservanza di linee guida.

Tuttavia è chiaro che se l'imperizia in fase esecutiva è data dal non rispetto di una raccomandazione contenuta nelle linee guida, la non punibilità non potrà aversi, perché il rispetto è requisito costitutivo espresso della causa di non punibilità. Ad es., il paziente presenta una sindrome aortica acuta. Vengono correttamente scelte le relative linee guida e altrettanto correttamente in base ad esse, viene deciso di posizionare uno *stent* nell'aorta discendente, perché in questa sede si è rilevata una lesione a rischio di dissecazione. In fase esecutiva, durante il posizionamento dello *stent*, non viene indotta ipotensione, contrariamente a quanto raccomandato dalle linee guida per facilitare il posizionamento, con successivi danni al paziente. L'imperizia può anche essere ritenuta lieve, ma la non punibilità va comunque esclusa per l'assenza del requisito del rispetto, che è requisito espresso di fattispecie.

Del resto, succede spesso che le linee guida contengano raccomandazioni attinenti alla fase esecutiva, o procedurale o interventistica, come si dice in gergo medico. Quelle raccomandazioni vanno rispettate, altrimenti si ha colpa per inosservanza, con impossibilità di produzione dell'effetto non punibilità.

## 6. La speciale difficoltà del caso.

Allo stato attuale della giurisprudenza, c'è solo un'ipotesi di colpa per inosservanza nella quale la forma e il grado della colpa influiscono sulla sussistenza della responsabilità. L'ipotesi è quella della speciale difficoltà del caso, per la c.d. indiretta applicazione dell'art. 2236 c.c. nel giudizio penale<sup>7</sup>. La disposizione prevede la limitazione di responsabilità alla colpa lieve nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. E per un principio giurisprudenziale, sul quale la Mariotti ha messo il sigillo, la disposizione *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*<sup>8</sup>. Sempre

---

<sup>7</sup> In argomento: F. BASILE, [Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi \(aspettando la riforma della riforma\)](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2017, p. 159 ss.

<sup>8</sup> Il principio è stato inaugurato da Sez. IV, 39592-07, Buggè, Rv 237875. Per lo più il principio viene solamente enunciato, ma talvolta è stato anche applicato con conseguente assoluzione, ad es., da Sez. IV, 16328-11, Montalto, Rv 251960.

secondo questa giurisprudenza oltre al grado lieve della colpa, la limitazione della responsabilità è condizionata anche dalla forma, che deve essere imperizia.

Nel post Mariotti il principio non è certo sfuggito, ma è stato condivisibilmente applicato da [Sez. IV, 10396-18, Capuano](#), in un caso di omesso tempestivo approfondimento di un quadro emorragico da parte di un medico di un reparto di chirurgia d'urgenza, al quale non era stata segnalata l'urgenza del caso e che era impegnato in un turno di guardia con 400 pazienti e con diverse emergenze contemporanee.

Riassumendo sul punto: questa fattispecie di esclusione della responsabilità si compone dei seguenti elementi: inosservanza cautelare, speciale difficoltà, imperizia e grado lieve. Per questioni di rapidità di linguaggio potremmo anche chiamarla la fattispecie della speciale difficoltà. È noto come le formule linguistiche rapide, ancor meglio se immaginifiche, sono più funzionali come utensile giudiziario. Con conseguente uso più ampio e auspicabile, per ridurre la medicina difensiva, mediante uno spazio di non punibilità agevolmente percepibile dai medici.

## 7. Confronto fra la Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.

Al fine di rendere ancora più evidenti le conclusioni assunte, poniamo a confronto l'art. 3 I co. della Balduzzi con l'art. 590-sexies c.p. Confronto utile, anche perché, secondo la Mariotti, la prima disposizione continuerà ancora ad applicarsi ai fatti commessi fino al 1° aprile 2017, data di sua perdita di vigore.

Per consolidata interpretazione giurisprudenziale la Balduzzi importa la non punibilità quando:

- il sanitario si è attenuto a linee guida e non avrebbe dovuto, perché il caso concreto imponeva di non attenersi, ma lo imponeva in modo non macroscopico<sup>9</sup>.

La Balduzzi è applicabile a prescindere dalla forma di colpa. Ciò secondo l'approdo di un tormentato iter giurisprudenziale. Al riguardo va tuttavia segnalato che nel post Mariotti si discosta [Sez. IV, 15178-18, Tessitore](#), che non ha appunto applicato la Balduzzi per la ritenuta negligenza nel caso di specie<sup>10</sup>.

Invece la non punibilità prevista dall'art. 590-sexies c.p., per la Mariotti si ha quando:

- le linee guida sono state scelte con perizia e l'evento è stato causato per imperizia lieve nella fase esecutiva di esse.

Premesso ciò, nell'art. 590-sexies c.p. sono quattro le forche caudine, attraverso le quali bisogna passare per giungere alla non punibilità. E sono nell'ordine:

- osservanza di linee guida o, in mancanza di esse, di buone pratiche

---

<sup>9</sup> Fra le tante: Sez. IV, 27185-15, Bottino

<sup>10</sup> Per un'ampia analisi di questa pronuncia: L.A. TERRIZZI, [Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2018, p. 93 ss.



- fase esecutiva delle linee guida
- colpa per imperizia
- grado lieve dell'imperizia

E sono forche caudine che vanno passate in quest'ordine logico. Inutile chiedersi di quale fase si tratta, cioè se di scelta o di esecuzione delle linee guida, quando comunque non vi è osservanza: le frecce dell'inosservanza sono andate a segno. Se c'è colpa nella fase di scelta delle linee guida, è inutile chiedersi di che forma di colpa si tratta: hanno colpito le frecce dell'errata scelta. Così come infine, se la forma di colpa è negligenza o imprudenza, è inutile chiedersi quale sia il grado della colpa: hanno colpito le frecce di una colpa professionalmente non dipinta.

Nell'art. 3 I co. legge Balduzzi sono invece due le forche caudine, attraverso le quali bisogna passare per giungere alla non punibilità. E sono nell'ordine:

- osservanza di linee guida e buone pratiche
- grado lieve della colpa

Anche qui c'è un ordine logico: inutile chiedersi di quale grado di colpa si tratta, cioè se lieve o grave, quando comunque non vi è osservanza di linee guida: le frecce dell'inosservanza non perdonano.

Sul piano logico, quindi sia per l'art. 3 I co. della Balduzzi, che per l'art. 590-sexies c.p. la prima domanda da porsi è:

- le linee guida sono state osservate o no?

Se la risposta è no, le speranze di non punibilità vanno cercate altrove. Non in casa colpa.

Quindi anche il confronto fra le due disposizioni conferma la nascita e crescita delle due nuove categorie dogmatiche: colpa per osservanza e per inosservanza.

## 8. Forma e grado della colpa nel diritto intertemporale.

Il principio della De Renzo è stato successivamente ribadito da Sez. IV, 49884/18, Pinto, questa volta non in tema di accertamento della responsabilità, ma in tema di successione di leggi nel tempo. Si è annullata con rinvio una sentenza di condanna, in un caso di omesso parto cesareo in presenza di segni di sofferenza fetale: si è ritenuto che stante la difformità di opinioni dei consulenti si sarebbe dovuta accogliere la richiesta di perizia. Richiamati i principi della De Renzo, al giudice del rinvio viene demandata anche la questione, *ex art. 2 IV co. c.p.*, dell'individuazione della norma più favorevole, se l'art. 3 l. Balduzzi o l'art. 590-sexies c.p. Parallelo a questo caso è quello dell'ancora più recente [Sez. IV, 412/19, Bonaiuto](#).

Anche in queste sentenze notiamo molto scrupolo accertativo.

Viene inevitabilmente da chiedersi: quando può risultare più favorevole l'art. 590-sexies c.p. rispetto all'art. 3 della Balduzzi?

Parrebbe mai. Vediamo di essere il più chiari possibile.

Con la Mariotti l'art. 590-sexies c.p. è stato interpretato nel senso che:

- si ha non punibilità quando, scelte con perizia le linee guida, l'evento è stato causato per imperizia lieve nella fase esecutiva di esse.

La non punibilità quindi, oltre al limite espresso del rispetto delle linee guida, incontra tre limiti:

- fase esecutiva
- imperizia
- grado lieve dell'imperizia.

Come già rilevato, i primi due limiti non sono posti dall'art. 3 I co. della Balduzzi, che più ampiamente prevede la non punibilità del sanitario che si attiene a linee guida, ma versa in colpa lieve. Quindi la Balduzzi, come anche sostenuto dalla Mariotti, è applicabile a prescindere dalla fase, selezione o esecuzione delle linee guida, e a prescindere dalla forma di colpa. È quindi più favorevole dell'art. 590-*sexies* c.p. nei casi di colpa che si manifesta nella fase di selezione delle linee guida e nei casi di negligenza e imprudenza.

L'unica ipotesi di convergenza delle due disposizioni è quella assegnata dalla Mariotti all'art. 590-*sexies* c.p. e cioè un'imperizia lieve in fase esecutiva, non punibile appunto in forza di entrambe le disposizioni. Con la conseguenza che, ai fini della non punibilità, l'una vale l'altra.

Nella giurisprudenza post Mariotti, possiamo però segnalare Sez. IV, 36723-18 D.S. che afferma che anche nell'ipotesi dell'imperizia lieve in fase esecutiva sia più favorevole l'art. 3 I co. della Balduzzi rispetto all'art. 590-*sexies* c.p. Si motiva che la prima disposizione integra una parziale *abolitio criminis*, mentre la seconda integra una mera causa di non punibilità.

Così ricostruito il quadro delle ipotesi, non si vede in linea teorica quando l'art. 590-*sexies* c.p. possa essere più favorevole della Balduzzi<sup>11</sup>.

## 9. La colpa grave *ad abundantiam*.

Altra nuova categoria dogmatica? No: qui c'è solo apprezzabile scrupolo motivazionale della giurisprudenza post Mariotti. In diverse sentenze può mettersi a nudo la seguente struttura: con il ricorso per Cassazione si chiede l'applicazione della Balduzzi o dell'art. 590-*sexies* c.p. e l'applicazione viene negata perché risultano non essere presenti né il requisito dell'osservanza delle linee guida né quello della colpa lieve. In altri termini si accerta l'inosservanza e *ad abundantiam* anche la gravità della colpa.

Seguono questo schema, ad es., [Sez. IV, 55521-18, Pino](#): tardivo trattamento di ulcera duodenale, con successive complicanze emorragiche. [Sez. IV, 34835-18, Giannetakis](#): omesse istruzioni corrette al personale della struttura medica carceraria in un post operatorio di emorroidectomia seguito da emorragia mortale.

---

<sup>11</sup> Diversamente dalla Gelli-Bianco, la Balduzzi aveva invece allargato l'area di non punibilità della colpa medica rispetto alla disciplina precedente, v. G.L. GATTA, [Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis \(parziale\) per i reati commessi con colpa lieve](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2013.



Il fenomeno si registra anche al di là della Sez. IV. Ad es., Sez. III, 46957-18, Caracino: omesso approfondimento di sintomatologia emorragica in post operatorio di colecistectomia, con mortali complicazioni. Un altro grappolo di sentenze con la stessa struttura è consultabile in nota<sup>12</sup> mediante l'ipertesto. Tutte post Mariotti.

Però in fondo nell'alternativa punibilità/non punibilità non è necessario accertare la gravità della colpa, una volta che si è esclusa la punibilità perché c'è inosservanza. Infatti, come più volte rilevato, l'assenza del requisito dell'osservanza è sufficiente a paralizzare il prodursi dell'effetto non punibilità.

D'altra parte, spinti dal desiderio di dare più sostanza alla motivazione, si corre il rischio di affermare la colpa grave anche quando potrebbe non essere davvero tale. Corre questo rischio [Sez. IV, 40923-18, Iemmolo](#): il medico sospende il trattamento eparinico e poi lo reinserisce ma a basso dosaggio in considerazione del rischio emorragico; il reiserimento non è sufficiente ad evitare una fatale tromboosi. In casi come questo c'è comunque un c.d. razionale di scelta, come si dice in gergo medico. Una scelta che è fatta quindi a ragion veduta, il che porta, se non ad escludere, ma quantomeno a dubitare della ritenuta gravità della colpa nel bilanciamento fra il rischio emorragico e quello trombotico. Ma prima ancora: si può anche non considerare il grado della colpa, una volta che si è accertata l'inosservanza.

Con molta franchezza e in termini generali: evitiamo pure la stigmatizzazione della colpa grave se proprio non è necessario. Anche solo ai fini della pena, lo stigma della gravità non è essenziale: l'art. 133 I co. n. 3 c.p. parla solo di grado della colpa, non procede ad aggettivazioni, che quando giungono dalla giurisprudenza possono avere effetti davvero demotivanti nella pratica medica.

## 10. Una proposta conclusiva.

Si possono a questo punto tirare le fila del discorso, per una conclusiva proposta di lavoro.

Torniamo all'immaginario bivio fra via dell'Adesione e via della Divergenza.

La prima domanda da porsi è:

- c'è osservanza di linee guida e buone pratiche?

Se c'è osservanza, segue la domanda:

- il caso concreto imponeva di discostarsi?

Se non ci si doveva discostare, non c'è colpa e la non punibilità deriva dall'applicazione dell'art. 43 alinea III c.p.

Se invece il caso concreto imponeva di discostarsi, segue la domanda:

---

<sup>12</sup> [Sez. IV, 29133-18, Fallone](#); [Sez. IV, 38365-18, Carrabs](#); [Sez. IV, 39733-18, Arzillo](#); [Sez. IV, 40923-18, Iemmolo](#); [Sez. IV, 41898-18, Pennacchietti](#); Sez. IV, 53453-18, Di Marco; [Sez. IV, 54802-18, Castellani](#); [Sez. IV, 58363-18, Franceschini](#). Esclude la colpa grave: [Sez. IV, 48014-18, Cosetta](#): mortale caduta a terra di un paziente neurologico mentre si trovava in bagno: si accerta che le condizioni del paziente non erano tali da imporre una continua vigilanza.

- il fatto è stato commesso prima del 1° aprile 17?

Se sì, può avere applicazione la Balduzzi e viene in considerazione non la forma, ma solo il grado della colpa: la non punibilità si produce quando se la colpa è lieve, cioè quando il caso concreto non imponeva in modo macroscopico di discostarsi dalle linee guida.

Se il fatto è stato commesso dopo il 1° aprile 17, può avere applicazione l'art. 590-*sexies* c.p. e vengono in considerazione sia la forma che il grado della colpa: la non punibilità si produce se l'evento è stato causato da imperizia lieve in fase esecutiva delle linee guida e sempreché non si tratti di imperizia per inosservanza di esse, perché in tale ipotesi viene meno il requisito del rispetto, che è altro imprescindibile elemento della causa di non punibilità.

Saranno però ben pochi i casi di colpa per osservanza, perché la quasi totalità dei casi di colpa medica sono casi di colpa per inosservanza. Per potere affermare questo basta attingere dalla quotidiana esperienza o dalla casistica giurisprudenziale.

Quando c'è inosservanza di linee guida, segue la domanda:

- c'è speciale difficoltà?

Se sì, vengono in considerazione sia forma che grado della colpa e quindi segue la domanda:

- c'è imperizia lieve?

Se sì, si produce la non punibilità per la c.d. indiretta applicazione dell'art. 2236 c.c.

Sono davvero ristretti gli spazi di non punibilità creati dalla Balduzzi e dall'art. 590-*sexies* c.p. E è quindi nella colpa per inosservanza che vanno trovati spazi di non punibilità, allo scopo di ridurre la medicina difensiva<sup>13</sup>.

Non bastano scienza e coscienza del medico per curare il paziente: serve anche serenità: fa parte di diagnosi e terapia corrette. E dipende anche da noi.

---

<sup>13</sup> Sul tema della medicina difensiva, v. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, *ivi*, 2011, 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, *ivi*, 2011, 1107 ss.; G. ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss.; C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 22 ss.