

LA COLPA PENALE NEL SETTORE SANITARIO: CRITERI GENERALI DI VALUTAZIONE E SITUAZIONI EMERGENZIALI

Andrea Di Landro



La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali *

Abstract: Il contributo è diviso in due parti. La prima parte concerne la colpa penale nel settore sanitario e le sue possibili limitazioni su di un piano *oggettivo*. Alla luce degli artt. 590 *sexies* c.p. e 2236 c.c., con particolare riferimento ai “problemi tecnici di speciale difficoltà”, si affronta la questione della possibile non punibilità della colpa lieve dell’operatore sanitario (anche al di là della distinzione, non semplice, tra errore di strategia, errore esecutivo ed errore di adattamento, relativamente alle linee guida). Nella seconda parte del contributo, la responsabilità penale in ambito sanitario e le sue possibili limitazioni vengono trattate sul piano della c.d. “*misura soggettiva*” della colpa. Tra i fattori potenzialmente disculpanti, da valorizzare (anche) in relazione all’emergenza covid-19, vengono analizzati: la stanchezza, le carenze strutturali ed organizzative, la concitazione, le capacità non adeguate e l’errore sulle regole cautelari.

Abstract: This paper is divided into two parts. The first deals with the issue of the criminal negligence in healthcare and its possible limitations on an objective level. In light of the Articles 590 *sexies* of the Italian Criminal Code and 2236 of the Italian Civil Code, with particular reference to the “technical problems of special difficulty”, the article addresses the question of the possible non-punishment of the minor negligence of the healthcare worker (even beyond the distinction, not simple, between strategic error, executive error and adaptation error, relative to the guidelines). In the second part of the paper, the criminal liability in the healthcare and its possible limitations are discussed on the level of the so-called “subjective measure” of negligence. Among the possible defences, to be valued (also) in relation to the covid-19 emergency, the following are analyzed: tiredness, structural and organizational flaws, agitation, inadequate skills and error on precautionary rules.

1. L’art. 590 *sexies* c.p. e i “problemi tecnici di speciale difficoltà” (art. 2236 c.c.). In che termini la colpa lieve dell’operatore sanitario può essere ritenuta non punibile (anche al di là della distinzione, non semplice, tra errore di strategia, errore esecutivo ed errore di adattamento)? Il rispetto delle linee guida come presunzione relativa di perizia?

L’art. 6 della l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. “Gelli-Bianco”, come noto, ha introdotto nel codice penale l’art. 590 *sexies*, rubricato «*Responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario*». La disposizione introdotta nel 2017 è composta dei seguenti due commi: «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 sia 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».

La norma introdotta nel 2017 è meno favorevole di quella del pregresso decreto “Balduzzi” (d.l. n. 158/2012, conv. in l. n. 189/2012), dal momento che la colpa lieve del medico, che si conforma a linee guida non «adeguate alle specificità del caso concreto», non punibile ex decreto «Balduzzi», torna ad essere punibile, con alcune eccezioni.

Il co. II dell’art. 590 *sexies* c.p. appare di non facile lettura.

Ad un’interpretazione letterale, tale comma sembra fare riferimento ad ipotesi di imperizia che residuano quando sono rispettate linee guida «adeguate alle specificità del caso concreto», o (in mancanza di queste ultime) «buone pratiche clinico-assistenziali».

Per provare a “riempire” di contenuto tale norma, si può pensare a questioni tecnico-scientifiche di nuova emersione, non ancora sedimentate nelle “buone prassi”, a questioni particolarmente complesse, ai «problemi tecnici di speciale difficoltà» di cui all’art. 2236 c.c.; in quest’ambito ben potrebbero rientrare, ad es., molti dei problemi relativi all’emergenza covid-19.

L’art. 2236 c.c. limita la responsabilità del “prestatore d’opera” alle sole ipotesi di colpa grave (oltre che di dolo), «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà». Tale norma civilistica è oggetto di un condivisibile richiamo anche da parte delle Sez. Un. pen. 22 febbraio 2018, “Mariotti”^[1].

Una diversa considerazione dei gradi della colpa, grave-punibile *versus* lieve-non punibile, non appare invero “recuperabile” alla luce della nuova disciplina della colpa medica di cui all’art. 590 *sexies* c.p., ma riconducibile piuttosto alla tradizionale limitazione di responsabilità prevista in sede civile non solo per la professione sanitaria, ma anche per le altre professioni intellettuali. Un rinnovato riferimento al “buon vecchio” art. 2236 c.c. (norma da tempo ritenuta rilevante in sede penale), come soluzione per uscire dall’*impasse* prodotto da una formulazione dell’art. 590 *sexies* c.p. non certo brillante (per usare un’eufemistica litote) sul piano della tecnica legislativa, e così ovviare ai rischi d’incostituzionalità insiti nel riservare ad una particolare categoria di professionisti forme di impunità estese anche ad ipotesi gravi d’imperizia – limiti di punibilità poco compatibili con gli artt. 3 e 32 Cost.^[2]

Altre soluzioni interpretative adottate dalle Sezioni unite penali, “Mariotti”, sembrano al contrario particolarmente “creative” sul piano giuridico e non propriamente logiche.

Secondo la sentenza “Mariotti”, nei confronti dell’operatore sanitario, il «rispetto» delle regole cautelari va preteso nella fase “conoscitiva” delle norme stesse, mentre per la fase “esecutiva”/“attuativa” delle *leges artis*, il parametro di valutazione è più favorevole all’operatore sanitario: secondo la ricostruzione operata dalle Sezioni unite, l’imperizia lieve nella «fase conoscitiva» delle regole cautelari è punibile, l’imperizia lieve nella

«fase esecutiva» non è punibile.

La distinzione tra errore «conoscitivo/valutativo» ed errore «esecutivo» sembra, tuttavia, poco giustificabile sul piano normativo e sul piano logico.

Sul piano normativo: l'art. 590 *sexies* c.p. fa riferimento testualmente al «rispetto» delle linee guida o delle buone pratiche, senza distinguere tra fase selettiva o della conoscenza delle regole cautelari da un lato, e fase esecutiva/attuativa dall'altro lato.

Sul piano logico: qual è il senso di distinguere tra errore «valutativo» ed errore «esecutivo», e di concepire una responsabilità più estesa in caso di errore «valutativo», più limitata a fronte di un errore «esecutivo»? [3]

Nell'attività sanitaria, come in tutte le attività di natura non meramente teorico-astratta, gli aspetti conoscitivo-speculativi sembrano doversi coniugare con quelli pratico-esecutivi, non meno importanti dei primi. Senza contare le notevoli difficoltà di ordine probatorio del dover distinguere tra errore "valutativo" ed errore "esecutivo".

Quali soluzioni interpretative paiono, *de iure condito*, più facilmente praticabili?

In primo luogo, in sede penale sembra potersi rinviare al limite di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.

In secondo luogo, il rispetto delle linee guida e delle «buone pratiche» [4] sembra poter dar luogo, a favore dell'operatore sanitario, ad una presunzione relativa di perizia, salvo prova contraria rappresentata dall'«inadeguatezza alle specificità del caso concreto» (per riprendere la formula dell'art. 590 *sexies* c.p.). Ciò sostituendo idealmente (attraverso un'interpretazione "ortopedica") al macchinoso *incipit* del co. II dell'art. 590 *sexies* «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...», un più semplice e lineare «L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...». La soluzione del rispetto delle linee guida (e delle buone pratiche) quale presunzione relativa di perizia è adottata in diversi ordinamenti stranieri [5]. E sembra poter conferire una maggiore rilevanza pratica all'art. 590 *sexies* c.p. (che appare invece abbastanza "asfittico", o foriero di applicazioni poco logiche, come la distinzione tra errori "conoscitivi" ed "esecutivi" nella lettura delle Sezioni unite "Mariotti"). Pur apparendo, tale soluzione del rispetto delle linee guida come presunzione relativa di perizia, praticabile già *de iure condito*, si potrebbe valutare anche *de iure condendo* una riformulazione/chiarificazione/semplificazione della norma nei termini in cui si è detto («L'imperizia è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni...»).

Quali le persistenti possibilità di ritenere, *de iure condito*, non punibili alcune ipotesi di colpa lieve dell'operatore sanitario?

La parziale continuità tra l'abrogato art. 3, co. I, del decreto Balduzzi («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>>) e la disciplina vigente è stata affermata in uno dei passaggi che sollevano più perplessità della sentenza “Mariotti”[6]: <<l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'articolo 590-sexies>>.

Solo che l'errore colposo cui faceva riferimento il decreto Balduzzi riguardava l'applicazione/attuazione di linee guida e buone pratiche *inadeguate alle specificità del caso concreto*: per citare una chiara sentenza della Cassazione del 2014[7], relativa al decreto “Balduzzi”: <<Se, infatti, nel caso di condotte conformi alle linee guida, queste potranno rilevare in chiave difensiva in funzione dell'esonero dalla responsabilità, *il rispetto delle linee guida non esonera da responsabilità il medico che, al di fuori dei casi di colpa lieve, non abbia tenuto conto di specificità che caratterizzavano il quadro patologico del paziente e che avrebbero dovuto indirizzare verso un percorso terapeutico diverso* [...]. È doveroso, quindi, per il giudice censurare la condotta del medico ove egli si limiti ad attenersi alle linee guida nel caso in cui *la particolarità della fattispecie concreta avrebbe potuto imporre o consigliare scelte difformi da quelle codificate*. Tale evenienza ricorre nella specie, in ragione delle pregresse difficoltà d'intubazione del paziente, da reputare note all'operatore per tutte le ragioni coerentemente e compiutamente indicate nella sentenza impugnata, difficoltà significative di un *precedente traumatismo delle vie aeree tale da imporre un trattamento mirato e specifici accorgimenti* in fase di estubazione del neonato tra i quali l'intervento di un neonatologo>> (corsivo nostro).

Il caso più noto di applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto è quello c.d. “Grassini”, pure affrontato dalla Suprema Corte[8]. Il caso “Grassini” riguarda il paziente portatore di patologie plurime, per il quale le linee guida “settoriali”, riferite cioè al solo settore della patologia cardiaca, possono essere utilizzate solo contestualmente ad una scrupolosa analisi individualizzata del caso. □I giudici del gravame, invero, sono pervenuti alla sentenza assolutoria>>, scrive la Cassazione nella sentenza “Grassini”, nel motivare l'annullamento della pronuncia assolutoria di secondo grado, □attraverso un iter argomentativo che ha *tenuto conto solo della generica presenza delle condizioni astrattamente previste nelle “linee guida” di settore*, della cui incerta presenza e dei cui incerti contenuti si è già detto, ma che ha del tutto omesso di considerare se le *specifiche condizioni cliniche* del B.[9] consentissero di procedere ad un “acceleramento” della dimissione, ovvero evidenziassero la necessità di un prolungamento della degenza ospedaliera, superando la burocratica barriera frapposta dalle “linee guida” □ (corsivo nostro). Secondo i giudici di legittimità, in conclusione, nel caso “Grassini”, non risulta adeguatamente approfondito se il quadro clinico, definito “stabilizzato”, si fosse in realtà consolidato □non solo con riferimento all'infarto, ma anche con le condizioni generali del malato che si presentava [...] anche obeso, iperteso, ipercolesterolemico e ipertrigliceridemico□. Al giudice del rinvio quindi il compito di □verificare se la “particolarità” del caso B. non dovesse rinvenirsi proprio nella “persistente criticità e precarietà” delle condizioni dello stesso dovute, non

solo all'invasività dell'infarto, ma anche alle gravi, ulteriori e preesistenti patologie□.

Alla sentenza "Grassini" del 2011 seguiva un intenso dibattito, con reazioni contrastanti e polemiche nel mondo ospedaliero e sindacale: dibattito e polemiche che hanno rappresentato, in un certo senso, l'*humus* politico della norma penale del decreto "Balduzzi" del 2012, nata nelle intenzioni del legislatore quasi come "norma ansiolitica" nei confronti di operatori sempre più chiamati a misurarsi con obiettivi di riduzione della spesa sanitaria (c.d. *spendig review*), obiettivi non del tutto estranei alle linee guida.

Nell'art. 590 *sexies* c.p., a differenza del decreto "Balduzzi", c'è la clausola dell'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto: la possibilità di continuare oggi (per i fatti commessi a partire dal 1 aprile 2017, giorno di entrata in vigore dell'art. 590 *sexies* c.p.) ad applicare il principio del decreto Balduzzi secondo cui non è punibile la colpa lieve dell'operatore sanitario attenutosi a linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto sembra ravvisabile (non tanto nel quadro di un ragionamento che parta dall'art. 590 *sexies* c.p., ma) esclusivamente valorizzando le potenzialità dell'art. 2236 c.c.: ovvero ritenendo che, nel singolo caso concreto, possa rappresentare un <<problema tecnico di speciale difficoltà>>, per l'operatore sanitario, avvedersi della necessità di deviare da linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto.

Questo per quanto riguarda la prima e più nota (anche perché suffragata da una certa casistica giurisprudenziale^[10]) tipologia di errore colposo ricollegabile alle linee guida, cioè l'errore da applicazione di linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto (si potrebbe chiamare "errore di strategia", per riprendere un'efficace definizione dottrinale^[11]).

E per quanto riguarda le altre tipologie di errore colposo ricollegabile alle linee guida?

Si tratta degli errori nell'esecuzione di una linea guida adeguata al caso concreto, la quale prevede espressamente uno specifico, determinato trattamento, non seguito o eseguito in modo scorretto dall'operatore (potremmo chiamarlo "errore esecutivo", o "errore puramente esecutivo"); e dell'errore "di adattamento" della linea guida, adeguata ma elastica e dunque bisognosa di adattamento alla situazione concreta ("errore di adattamento"^[12]).

Nel primo caso (errore puramente esecutivo), pare difettare il requisito del "rispetto" delle linee guida (e delle buone pratiche clinico-assistenziali), e dunque sembrano inapplicabili sia il decreto "Balduzzi", sia l'art. 590 *sexies* c.p.: il requisito del "rispetto" delle linee guida (e delle buone pratiche, equiparate alle linee guida nella normativa del 2012, collocate in posizione sussidiaria in quella del 2017) è infatti centrale in entrambe le normative succedutesi nel tempo (il decreto "Balduzzi" utilizza il verbo "attenersi", l'art. 590 *sexies* c.p. il verbo "rispettare": il senso sembra lo stesso)^[13]. Laddove le linee guida prevedono di eseguire un determinato trattamento, ovviamente la raccomandazione è (anche) quella di eseguirlo in modo corretto; e ad ogni modo, con riferimento agli aspetti non disciplinati nel dettaglio dalle linee guida, subentrano nel loro

ruolo suppletivo (ai sensi dell'art. 590 *sexies* c.p.) le buone pratiche clinico-assistenziali, concetto dalla formulazione ampia^[14], che pare anch'esso incompatibile con un errore esecutivo.

Provando ad esemplificare, si potrebbero prendere le linee guida *Neoplasie dello stomaco e della giunzione esofago-gastrica*, consultabili nell'ambito del SNLG (Sistema Nazionale Linee Guida, www.snlg.iss.it, ivi immesse nell'aprile 2020), elaborate dall'AIOM (Associazione Italiana di Oncologia Medica), in collaborazione con le associazioni scientifiche AIGO^[15], AIRO^[16], GIRCG^[17], SIAPEC-IAP^[18], SICO^[19], SIGE^[20], SIRM^[21]. Nelle linee guida suddette, al cap. 6, *Chirurgia*, par. 6.1.b, *Il carcinoma gastrico T2-4a o N+*, pagg. 24 ss., si prevede che <<il trattamento chirurgico standard>> (ovvero <<opzione di prima intenzione nel trattamento chirurgico del cancro gastrico>>) è l'esecuzione della <<linfadenectomia D2>>. Immaginiamo che il medico esegua in modo sbagliato l'intervento chirurgico, commettendo un errore colposo fonte di un danno al paziente: l'intervento chirurgico, ovvero la <<linfadenectomia D2>>, non può dirsi riuscita: possiamo dire che il medico ha "rispettato" le linee guida (e le buone pratiche clinico-assistenziali)? Potrà certamente tale medico aver affrontato una problematica complessa, ed essere meritevole della non punibilità della colpa lieve ex art. 2236 c.c.; costruire invece un concetto di "esecuzione errata e tuttavia rispettosa" (come in un passaggio argomentativo della sentenza "Mariotti": v. *infra*) delle raccomandazioni delle linee guida (e delle buone pratiche clinico-assistenziali), non sembra la soluzione più lineare e appropriata.

Nel secondo caso di errore colposo (errore di adattamento), pure non sembra integrato il requisito del rispetto delle linee guida (e delle buone pratiche). Per esemplificare, potremmo prendere anche qui una delle linee guida SNLG consultabili sul relativo sito (www.snlg.iss.it, ivi immessa nel marzo 2020), quella sulle *Neoplasie del polmone*, prodotta dall'AIOM (Associazione Italiana di Oncologia Medica), in collaborazione con le società scientifiche AIPO^[22], AIRO^[23], SIAPEC-IACP^[24], SICT^[25], SIF^[26] e SIRM^[27]. Nella parte relativa al *Trattamento della malattia localmente avanzata* (cap. 7), con specifico riferimento alla *Malattia localmente avanzata resecabile* (par. 7.1) ed alla *Terapia chirurgica* (par. 7.1.1), pagg. 64 ss., la suddetta linea guida prevede che <<Le possibilità della terapia chirurgica nella malattia localmente avanzata dipendono dall'entità di estensione del tumore primario, dal livello di interessamento linfonodale e dal grado di risposta ad eventuali terapie di induzione>>. Tale indicazione appare elastica, richiedendo di essere concretizzata in relazione alle evenienze del caso concreto. Se il medico sbaglia nel modulare in relazione al caso concreto tale indicazione "elastica", praticando la terapia chirurgica in un caso ad es. tumore esteso, interessamento di multiple stazioni linfonodali, ecc., laddove la terapia chirurgica non può dirsi di fatto raccomandata, diremmo che ha "rispettato" la linea guida? Sembra di no. Tale medico potrà certamente aver incontrato qualche situazione complessa, difficile da valutare, ed essere comunque meritevole della non punibilità della colpa lieve ex art. 2236 c.c.; dire tuttavia che abbia "rispettato" la linea guida non sembra appropriato.

Volendo fare un altro semplice esempio, più vicino all'esperienza comune, prendendo la nota regola

cautelare, elastica, in tema di “distanza di sicurezza tra veicoli” (art. 149, co. I, cod. strada): <<Durante la marcia i veicoli devono tenere, rispetto al veicolo che precede, una distanza di sicurezza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo e siano evitate collisioni con i veicoli che precedono>>. Potremmo dire che il soggetto che sbaglia ad adattare tale elastica indicazione in tema di distanza di sicurezza alle evenienze del caso concreto, finendo per tamponare il veicolo che lo precede, sta “rispettando” la regola sulla distanza di sicurezza? Sembra di no.

Questi ultimi errori (di esecuzione e di adattamento), che paiono fuoriuscire dal perimetro sia del decreto “Balduzzi” sia dell’art. 590 *sexies* c.p., sembrano poter beneficiare di un più favorevole parametro di valutazione, quale la non punibilità della colpa lieve, solo se commessi a fronte di <<problemi tecnici di speciale difficoltà>>, che ben possono verificarsi, nell’esecuzione di linee guida adeguate e nell’adattamento di linee guida elastiche alle peculiarità della situazione concreta. Anche le Sezioni Unite “Mariotti”, che pure in un passaggio della motivazione sembrano costruire un concetto, poco chiaro e un po’ contraddittorio, di “esecuzione errata e (contestualmente) rispettosa”^[28] delle linee guida (e delle buone pratiche), poi in sede di formulazione finale dei principi di diritto sembrano richiamare più prudentemente la consolidata tradizione della <<speciale difficoltà>>, ricollegando la non responsabilità per colpa lieve alle <<speciali difficoltà dell’atto medico>>; e tuttavia riducendo i margini applicativi di tale limite di responsabilità agli errori di tipo esecutivo/adattativo, quando non pare esserci ragione per distinguere tra questi errori e quelli di tipo conoscitivo/valutativo.

Con riferimento alla limitazione della responsabilità, si potrebbe anche auspicare una modifica, in senso ampliativo, della prevalente interpretazione giurisprudenziale iper-restrittiva – in sede civilistica – del concetto di <<problemi tecnici di speciale difficoltà>>, e più in generale dell’art. 2236 c.c.: norma i cui margini applicativi vengono frequentemente erosi^[29], oltre che attraverso letture riduttive della nozione di <<problemi tecnici di speciale difficoltà>>, anche adoperando qualifiche di negligenza ed imprudenza spesso “assorbenti” l’imperizia, che sola potrebbe (secondo l’interpretazione dominante) portare all’applicazione di tale più favorevole disposizione.

Pur potendosi far rinvio già *de iure condito* all’art. 2236 c.c. in sede di valutazione della responsabilità penale, per esigenze di maggiore linearità si potrebbe valutare anche *de iure condendo* di introdurre nel codice penale la stessa disciplina.

2. (Alcuni) fattori potenzialmente disculpanti, da valorizzare (anche) in relazione all’emergenza covid-19: stanchezza, carenze strutturali ed organizzative, concitazione, capacità non adeguate, errore sulle regole cautelari

Rispetto ad una limitazione della responsabilità penale dell'operatore sanitario sul piano oggettivo pare ad ogni modo più promettente, con riferimento (anche) a situazioni emergenziali come quella del covid-19, la prospettiva di una limitazione della colpa sanitaria sul piano soggettivo, *i.e.* la prospettiva dell'individualizzazione, o soggettivazione della colpa penale.

Tale individualizzazione del rimprovero colposo è spesso carente nella prassi: in sede giurisprudenziale frequentemente accade che si accertino solo i profili oggettivi della colpa, cioè solo l'osservanza o meno delle regole cautelari, e non si tenga conto dell'esigibilità dell'osservanza da parte dell'agente concreto, ossia della possibilità dell'agente di uniformare in concreto il suo comportamento alla regola cautelare violata. In sintesi, una colpa troppo spesso oggettivata e spersonalizzata.

Di qui la necessità di valorizzare il c.d. momento (misura) soggettiva della colpa, inverando pienamente anche nel contesto della colpa il principio di colpevolezza (o di soggettività), che costituisce come noto una generale, sempre feconda direttrice di sviluppo del diritto penale moderno.

In relazione alla misura soggettiva della colpa professionale, più agevoli possono risultare una definizione ed un'indagine compiute in negativo (*a contrario*: sulla falsariga di quanto accade in tema di imputabilità) sulle possibili cause di esclusione della colpevolezza. Con la consapevolezza che tali fattori non rappresentano un insieme chiuso, e che l'esame può pervenire dunque ad indicazioni solo esemplificative dei fattori potenzialmente disculpanti^[30]. Alcune di tali situazioni anormali ("interne" o "esterne") concomitanti all'agire, secondo taluni orientamenti^[31], sono riconducibili alla norma di cui all'art. 45 c.p., ed in particolare al caso fortuito; la questione principale, al riguardo, sembra concernere tuttavia l'eventuale rilevanza di circostanze anormali tecnicamente non riconducibili all'art. 45 c.p.; ed una volta ammessa la possibile efficacia scusante di situazioni "non tipizzate", la questione dell'individuazione delle stesse e dei loro margini di operatività.

Nella prassi giurisprudenziale, la valutazione circa l'esigibilità in concreto del comportamento richiesto viene spesso compressa, nell'ambito delle attività tecnico-professionali, dalla c.d. "colpa per assunzione": con anticipazione dell'addebito all'essersi "assunto" (appunto) un compito che non si era in grado di assolvere.

La colpa per assunzione può essere, tuttavia, esclusa in presenza di un'urgenza (o di un'emergenza), che può rendere scusabile l'assunzione di un *quid pluris* di rischio.

Vediamo alcune cause d'esclusione della misura soggettiva della colpa, potenzialmente rilevanti anche in relazione all'emergenza covid-19.

Si può cominciare dalla stanchezza, la quale può determinare l'inattitudine del soggetto ad uniformarsi alle

regole cautelari che definiscono la colpa sul piano oggettivo.

La rilevanza di tale possibile fattore d'esclusione della colpevolezza è stata per lo più sottovalutata, con pressoché automatica regressione alla colpa per assunzione, da parte di una giurisprudenza addensatasi in "casi generici" afferenti soprattutto al settore della circolazione stradale[32].

Nel contesto sanitario, tuttavia, il fattore stanchezza può svolgere un ruolo apprezzabile, quale causa di esclusione della soggettività colposa. Per il sanitario in condizioni di stanchezza può non essere semplice optare per la rinuncia allo svolgimento dell'attività. Seguire ad attendere alla propria occupazione in condizioni di *deficit* d'attenzione, a causa di stress, superlavoro, stanchezza, ecc., può essere imposto da un'inadeguata organizzazione della propria struttura. Laddove il sanitario possa sottrarsi a tale superlavoro al costo (non solo di possibili ripercussioni contrattuali, ma anche) di prevedibili danni alle persone, che possono conseguire alla sospensione/interruzione del proprio servizio (come in molti casi verificatisi nell'emergenza covid-19), sembra potersi ritenere che l'urgenza della prestazione richiesta escluda la colpevolezza del sanitario che commetta errori dovuti a stanchezza.

Il tema della stanchezza pare in parte connesso a quello delle carenze strutturali e organizzative, quali possibili cause d'esclusione della colpa. La giurisprudenza italiana sul tema delle carenze strutturali ed organizzative in ambito sanitario pare attestarsi sulle seguenti posizioni.

Se il paziente non è urgente, vi l'obbligo di trasferirlo in una struttura più attrezzata; pena il ricadere nella colpa per assunzione.

Se il paziente è urgente, ovvero se non è possibile trasferirlo con una tempistica compatibile con le esigenze del paziente stesso, le carenze della struttura possono costituire motivo di esonero dalla responsabilità; vi è, ad ogni modo, l'obbligo di adottare i possibili accorgimenti sostitutivi, nonché di informare il paziente circa le disfunzioni della struttura[33].

Le carenze strutturali possono comportare una distribuzione delle responsabilità (anche concorrenti, secondo il principio dell'equivalenza delle condizioni *ex artt.* 40-41 c.p.) su diversi livelli organizzativi.

Nella "classica" raffigurazione di Reason, c.d. *swiss cheese* (lett. a "formaggio svizzero", modello esplicativo degli incidenti che ha avuto molta fortuna nelle scienze che studiano i sistemi tecnologicamente avanzati[34]: v. figura *infra*), contrariamente al senso comune che tende a prendere in considerazione, ai fini della responsabilità, quasi solo gli anelli terminali dei sistemi complessi (c.d. "errori attivi"), viene opportunamente messo in luce il frequente radicamento dell'errore negli strati superiori dell'organizzazione ("errori latenti"); per cui l'incidente costituisce spesso la risultante dell'allineamento di una serie di falle (o buchi, nella felice metafora di Reason) del sistema organizzativo complesso.

Errori attivi si innestano su errori latenti, e quando le diverse falle/buchi finiscono, anche casualmente, per coincidere, la linea dell'errore (nel grafico) riesce ad attraversare tutti i vari strati organizzativi; e in conclusione si verifica l'incidente.

La responsabilità in presenza di carenze delle strutture sanitarie può riguardare astrattamente tre differenti livelli dell'organizzazione:

[a] personale sanitario;

[b] organi di vertice dell'amministrazione sanitaria (direttore generale, direttore amministrativo, direttore sanitario per le strutture pubbliche; titolare della clinica, direttore sanitario per le strutture private)[\[35\]](#);

[c] organi politici.

Quanto al rapporto tra i differenti livelli di responsabilità (ed in particolare tra i livelli [a] e [b] di cui sopra), laddove le prestazioni siano connotate dall'urgenza, le carenze strutturali possono portare ad escludere addebiti di colpa per il personale sanitario; e a valutare le possibili responsabilità dei soggetti titolari dei maggiori poteri di gestione (finanziaria, tecnica, amministrativa), dei soggetti titolari cioè dei poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane e strumentali[\[36\]](#).

Per i soggetti in posizione apicale all'interno delle amministrazioni ospedaliere pubbliche (livello [b], nello schema di cui sopra), che siano a conoscenza della carenza strutturale/organizzativa o la ignorino colpevolmente, il confine della responsabilità sembra segnato, in linea di massima, dalla mancanza delle risorse economiche necessarie a far fronte alle istanze assistenziali (impossibilità c.d. finanziaria).

Istanze assistenziali rimaste inevase, dunque, in conseguenza di decisioni di spesa compiute da organi ad un più alto livello, nell'ambito di valutazioni e responsabilità tipicamente politiche.

Occorre, a questo punto, domandarsi se, ed in che termini, possano essere sindacate in sede penale scelte compiute da organi collocati ad un più alto livello politico (livello [c], nello schema di cui sopra). Si pone qui il delicato e complesso problema del rapporto tra tutela della salute e scelte politiche discrezionali. In linea generale, gli spazi entro cui può muoversi il sindacato penale nei confronti degli organi politici (appartengano questi alla sfera nazionale o a quella regionale) paiono, giocoforza, limitati dal doversi riconoscere un'area di necessaria discrezionalità politico-amministrativa.

È pur vero che una situazione di emergenza come quella covid-19 sembra poter modificare i termini del rapporto tra tutela della salute e scelte politiche discrezionali, in senso favorevole alla tutela della salute, con contestuale riduzione dei margini della discrezionalità[\[37\]](#).

Le decisioni degli organi politici paiono in linea di massima sindacabili più agevolmente in sede

amministrativa (o costituzionale, o di fronte alla Corte Edu[38]), che non in sede penale. Possibili responsabilità penali in capo agli organi politici sembrano da limitare a casi in cui «nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale»[39]; casi di irragionevole destinazione delle risorse; o anche di mancato trasferimento e/o mancato utilizzo di trasferimenti o somme già disponibili per soddisfare le esigenze delle amministrazioni.

Proseguendo la rassegna delle possibili cause d'esclusione della misura soggettiva della colpa, già riconosciute da parte della giurisprudenza penale, e che ben potrebbero attagliarsi alle situazioni emergenziali (come quella relativa al covid-19), si può prendere in considerazione il fattore concitazione. Se la concitazione (e agitazione) deriva da cause terze rispetto all'agente, la giurisprudenza tende in linea generale a ri-parametrare la violazione oggettiva della regola cautelare attraverso tale componente soggettiva di valutazione della colpa[40].

Altra situazione che appare rilevante nella crisi sanitaria covid-19, ed in cui può essere esclusa la misura soggettiva della colpa, è quella del sanitario che non possiede adeguate capacità per trattare il caso. La problematica è sorta più volte in passato con riferimento agli specializzandi[41].

In relazione a questa situazione-tipo, il sanitario sembra poter essere scusato in due ipotesi:

1. è intervenuto in condizioni di urgenza (o di emergenza);
2. era impossibile per lui avvedersi della propria inadeguatezza.

Un'ultima causa d'esclusione della misura soggettiva della colpa potenzialmente rilevante nell'emergenza covid-19 pare quella dell'errore sulle regole cautelari. L'errore/ignoranza delle regole cautelari può essere scusabile-inevitabile laddove la conoscenza delle regole cautelari stesse sia estremamente difficile, o impossibile. È questo il caso di regole cautelari nuove, di recente introduzione e dalle caratteristiche marcatamente diverse rispetto allo *statu quo ante* del settore professionale o della disciplina: pare doversi concedere, in tale ipotesi, un adeguato intervallo temporale per la piena adesione dei soggetti alle nuove indicazioni.

Altro errore rilevante sembra quello dovuto ad indicazioni fuorvianti dell'amministrazione: laddove per l'operatore non sia semplice avvedersi dell'erroneità dell'indicazione, la colpa di quest'ultimo soggetto sembra poter essere esclusa.

*Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione *La colpa medica: le responsabilità individuali ed i possibili limiti*, tenuta al convegno *Il sistema penale ai tempi del Covid19*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università del Piemonte Orientale il 15 maggio 2020.

[1] Cass., Sez. un. pen., 22 febbraio 2018, Mariotti, in *Giur. it.*, 2018, p. 946 ss., con nota di L. Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*; in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646, con nota di C. Brusco, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*.

Con riferimento all'emergenza covid-19, nella dottrina penalistica v. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020; R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, *ivi*, 10 luglio 2020; Id., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, *ivi*, 19 aprile 2020; G. M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, *ivi*, 5 maggio 2020; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020; C. Cupelli, *Responsabilità Medica e Covid 19*, in *Giustizia insieme*, 7 maggio 2020; Id., *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020; A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, 321 ss.; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 887 ss.; M. Landolfi – A. Franchi, *L'emergenza Covid-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in *PenaleDP*, 18 aprile 2020; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen.*, 14 aprile 2020; E. Penco, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 15 febbraio 2021; L. Picotti – R. Flor, *Emergenza Covid-19 e responsabilità del personale medico-sanitario*, in *Univrmagazine*, 6 aprile 2020; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020; C. Rizzo, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 27 gennaio 2021; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 19/5/2020.

[2] L'esclusione della responsabilità penale anche nelle ipotesi di imperizia grave era stata affermata dall'isolata pronuncia della Cass., Sez. IV pen., 31 ottobre 17, Cavazza, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2017 (con nota critica di P. Piras, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*): orientamento giurisprudenziale superato dalle Sezioni unite "Mariotti" (v. nota precedente).

[3] Cfr. R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 24 maggio 2018, 245 s.; G. M. Caletti – M. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018, 36 ss.; L. Carraro, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del*

medico, in *Arch. pen.*, 19 febbraio 2021, 52 ss.; D. Cenci, *Le Sezioni Unite Mariotti: tra prospettive e criticità aperte*, in *PenaleDP*, 13 gennaio 2021, par. 5.3; G. Civello, voce *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. Pen.*, Agg. X, Milano, 2018, 723; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, 579 s.; A. Merli, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2020, 30 ss.; E. Mezzetti, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in *PenaleDP*, 10 dicembre 2020, par. 5; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 137 ss.

[4] Va detto che, con riferimento all'emergenza covid-19, non ci sono le linee guida «definite e pubblicate ai sensi di legge», ovvero le linee guida emanate ai sensi del co. III, art. 5, l. n. 24/2017, le quali hanno un ruolo prioritario nel modello di cui all'art. 590 *sexies* c.p.; vi sono tuttavia, raccolte e pubblicate da parte dell'Istituto superiore di sanità sul sito internet ad accesso libero del Sistema nazionale linee guida (Snlg), linee guida *evidence* e *consensus based*, circolari del Ministero della salute, *position statements* di organizzazioni scientifiche e agenzie sanitarie internazionali, inerenti la malattia covid-19: documenti ivi classificati come «buone pratiche».

[5] La soluzione alternativa, una presunzione assoluta di perizia in caso di osservanza delle linee guida, non appare di per sé più favorevole al medico, tendendo a tradursi *ex adverso* in presunzione assoluta d'imperizia per inosservanza delle linee guida (*negligence* "per se", nel linguaggio anglosassone): una soluzione eccessivamente rigida, non coerente con le fisiologiche caratteristiche di elasticità e non-eshaustività delle linee guida e, dunque, con l'esigenza di individualizzare il trattamento medico (volendo, v. A. Di Landro, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistica. Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 3 luglio 2018).

[6] Cfr. R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; P. Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018, 9.

[7] Cass., Sez. IV pen., 8 luglio 2014, n. 2168, A., riportata integralmente in *Foro it.*, *Arch. Cass. Pen.*

[8] Cass., Sez. IV pen., 23/11/2010 (dep. 2/3/2011), n. 8254, Grassini, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1223, con nota di F. Consorte, *Colpa e linee guida*.

[9] L'iniziale del nome del paziente.

[10] V. anche Cass., Sez. IV pen., 18/2/2010, n. 10454, in *DeJure/JurisData*: in una situazione di particolare gravità (nella specie, dopo tre inutili tentativi d'intubazione in presenza di edema della laringe, che impediva l'evidenziazione della glottide), non esenta da responsabilità il fatto che siano state seguite linee guida o

siano stati osservati protocolli per una scelta alternativa all'unica scelta che in concreto si rendeva, nell'evidenza delle descritte manifestazioni conseguenti allo shock anafilattico, chiaramente risolutiva (la tracheotomia)□. Anziché procedere all'immediata tracheotomia, pur disponendo della presenza in sola operatoria di un chirurgo, il medico aveva in questo caso optato per attendere l'arrivo dell'otorino: con ciò mostrando di osservare linee guida e protocolli in maniera eccessivamente *rigida*.

[11] V. F. Basile, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017, 172.

[12] V. nota precedente.

[13] Cfr. C. Cupelli, *L'anamorfosi 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, 1986: <<il criterio enucleato dalle Sezioni unite potrebbe evaporare riflettendo sul fatto che, al cospetto di linee guida adeguate e pertinenti, che contemplino anche una regolamentazione della fase esecutiva (procedurale o interventistica), un errore — per imperizia, anche lieve — implicherà il loro *mancato rispetto* (una colpa *per inosservanza*) e dunque l'inapplicabilità dell'effetto di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p., non assumendo rilievo la circostanza che si versi in un'imperizia lieve (nella fase esecutiva); dinanzi invece a linee guida — pur sempre pertinenti e adeguate — che non includano riferimenti alla fase esecutiva, non contenendo sul punto indicazioni specifiche, in caso di errore esecutivo per imperizia lieve, ugualmente non sarà invocabile la non punibilità (anche nella lettura offerta dalle Sezioni unite), trovando invece applicazione gli ordinari criteri di cui all'art. 43 c.p., dal momento che ci si attesterà ugualmente al di fuori dello specchio applicativo dell'art. 590-sexies c.p.>>.

Sulla <<*dubbia ragionevolezza*>> della lettura delle Sezioni Unite, cfr. A. Vallini, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 203 ss.

[14] Sulle <<buone pratiche>>, concetto già utilizzato nel decreto "Balduzzi", per limitarsi ad alcuni tra gli interpreti più autorevoli, v. 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.*, 20 aprile 2014, 10, secondo cui la categoria delle "buone pratiche" <<introduce la variabile di prassi non scritte, purché sempre rispettose degli *standard* scientifici>>; C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 63 s.: <<il concetto di buone pratiche sembra fare riferimento più che ad una disciplina regolamentata (come avviene nelle linee guida o nei protocolli) alla concreta attuazione delle medesime linee guida o a procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate, e di cui sia riconosciuta (per es. in testi scientifici di cui non sia contestata

l'autorevolezza) l'efficacia terapeutica o comunque la non dannosità per il paziente>>; e nella dottrina medico-legale, A. Fiori – D. Marchetti, *L'articolo 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 569, secondo cui quella tra linee guida e buone pratiche è <<una distinzione piuttosto artificiosa, in quanto i due momenti, quello della diagnosi e della scelta delle linee guida e dell'utilizzo delle *leges artis* (cioè le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica), nella realtà pratica – ma anche nella teoria – sono avvinti da un indissolubile vincolo di interdipendenza ed interferenza>>.

[15] Associazione Italiana Gastroenterologi e Endoscopisti Digestivi Ospedalieri.

[16] Associazione Italiana Radioterapia e Oncologia clinica.

[17] Gruppo Italiano Ricerca Cancro Gastrico.

[18] Società Italiana di Anatomia Patologica e Citologia Diagnostica – Divisione Italiana della *International Academy of Pathology*.

[19] Società Italiana di Chirurgia Oncologica.

[20] Società Italiana di Gastroenterologia ed Endoscopia Digestiva.

[21] Società Italiana di Radiologia Medica e Interventistica.

[22] Associazione Italiana Pneumologi Ospedalieri.

[23] Associazione Italiana Radioterapia e Oncologia clinica.

[24] Società Italiana di Anatomia Patologica e Citologia Diagnostica – Divisione Italiana della *International Academy of Pathology*.

[25] Società Italiana di Chirurgia Toracica

[26] Società Italiana di Farmacologia.

[27] Società Italiana di Radiologia Medica e Interventistica.

[28] Laddove le Sezioni Unite affermano che <<può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida", quando cioè lo scostamento da esse è marginale>>: in senso critico cfr. P. Piras, *Un distillato di nomofilachia*, cit., 7: <<si scrive che può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida" quando lo scostamento da esse è marginale e di minima entità (p. 20).

La considerazione può suscitare smarrimento. Siamo abituati a pensare che il rispetto di una regola cautelare non dipende dal quantum d'inosservanza, ma dall'aderenza della condotta concreta alla regola

cautelare. Non è una questione di quantità d'inosservanza, ma di qualità della condotta, in termini appunto di osservanza. Se ad es., le linee guida raccomandano di non superare i 40 mg. Nel dosaggio di un farmaco, il superamento di quel limite, anche di poco, segna comunque l'inosservanza.

Si tratta peraltro una questione di carattere generale, che riguarda tutti i settori della colpa. Se in centro abitato si guida a 60 Km/h anziché a 50, la relativa regola cautelare non è rispettata, anche se lo scostamento è di minima entità.>>

[29] V. M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'"azzeramento" dell'art. 2236 cod. civ.*, Nota a Cass. Sez. III civ. 28 settembre 2009, n. 20790, Tiranti c. Zallocco, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, fasc. 4, 372. La sentenza in oggetto è annotata criticamente anche da M. Rossetti, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giustizia civile*, 2010, fasc. 10, 2218. Cfr. L. Boari – M. Cingolani, *Responsabilità del medico e problemi tecnici di speciale difficoltà*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, fasc. 4-5, 925; M. Faccioli, *La responsabilità del medico chiamato ad affrontare "problemi tecnici di speciale difficoltà"*, in *La Responsabilità Civile*, 2005, fasc. 4, 350; e volendo, A. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 745 ss.

Nella giurisprudenza civilistica di legittimità, oltre alla sentenza sopra citata, affrontano la tematica dei <<problemi tecnici di speciale difficoltà>> e quella del rapporto tra negligenza, imprudenza e imperizia, nella prospettiva dell'art. 2236 c.c., anche Cass., Sez. III civ., 13 marzo 2007, n. 5846, Troiani c. Canessa, in *Ragiusan*, 2007, fasc. 281; Cass., Sez. III civ., 19 aprile 2006, n. 9085, Calandriello c. Cerboneschi, integralmente riportata in *Foro it., Archivio Cass. Civ.*, ed in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 6, 64, con nota di Mazzucchelli; Cass., Sez. III civ., 2 febbraio 2005, n. 2042, Asl 7, Ragusa c. Sanfilippo, integralmente riportata in *Foro it., Archivio Cass. Civ.*; Cass., Sez. III civ., 13 gennaio 2005, n. 583, Conte c. Saturnino, *ivi*.

[30] Sul giudizio di individualizzazione della colpa penale, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 560 ss.

[31] V. G. Fiandaca – E. Musco, *op. cit.*, 610 ss.

[32] Tra le tante, v. Cass., Sez. IV pen., 20 maggio 2004, Oddo, in *Foro it., Rep. 2004, voce Reato in genere*, n. 26.

[33] V. *ex multis* Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2007, n. 44765, S. e M., in *DeJure*; in dottrina, R. Bartoli, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in G. Losappio (a cura di), *Diritto e medicina: due scienze convergenti? Atti del convegno multidisciplinare medico-giuridico*, Taranto, 2019, 102 ss., ora pubblicato anche in *Discrimen*, 2019; A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e*

dovere di controllo, Napoli, 2016, 191, ss.; e volendo, anche per ulteriori riferimenti alla misura soggettiva della colpa professionale, ovvero alle possibili cause di esclusione della colpevolezza, A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 230 ss.

[34] V. J. Reason, *L'errore umano* (trad. it. O. Parlange), Roma, 2014, cap. 7 in particolare; l'immagine riportata nel corpo del testo è tratta da Asl Napoli 1 Centro, P.o. San Paolo, O.o. Chirurgia generale e d'urgenza, *La gestione del rischio clinico e la cultura della sicurezza*, reperibile all'indirizzo www.slideplayer.it

[35] Nell'ambito delle strutture sanitarie, una puntuale ricostruzione delle singole competenze e funzioni non potrà essere svolta solo sulla base dei dati provenienti dalla normativa nazionale, ma dovrà in gran parte appoggiarsi sulle disposizioni interne, inevitabilmente variabili da ospedale ad ospedale, in relazione ai possibili, differenti moduli organizzativi. Quanto alle cliniche private, all'organigramma aziendale sarà chiaramente da attribuirsi un peso (ancora) maggiore nell'articolazione delle specifiche competenze, e delle conseguenti responsabilità. Con possibile diverso atteggiarsi delle prerogative del direttore sanitario (presente anche nelle strutture private); ed un ruolo il più delle volte decisivo svolto dai titolari della clinica, i quali mantengono in linea di massima le scelte decisionali di fondo.

[36] V. recentemente Cass., Sez. IV pen., 19 febbraio 2019, n. 32477, N., integralmente riportata in *Foro it., Arch. Cass. Pen.*: <<In tema di reati colposi, il direttore sanitario di una casa di cura privata è titolare, in virtù dei poteri di gestione e organizzazione della struttura a lui spettanti, di una posizione di garanzia giuridicamente rilevante, tale da consentire di configurare una responsabilità colposa per fatto omissivo per mancata o inadeguata organizzazione (c.d. «colpa da organizzazione»), derivante dall'inottemperanza all'obbligo di adottare le cautele organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione di reati, sempre che questi non siano ascrivibili esclusivamente al medico e/o ad altri operatori della struttura (fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità del direttore sanitario di una casa di cura per il decesso di una paziente a seguito di parto gemellare, in virtù della riconosciuta carente predisposizione di scorte di sangue adeguate, mancanza di fissazione di protocolli e modalità con cui contattare ospedali pubblici o strutture più idonee in situazioni emergenziali)>>. Nonché Cass., Sez. IV pen, 17 gennaio 2012 (ud. 17 novembre 2011), in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1256: <<Il direttore sanitario di una casa di cura è responsabile dell'omicidio colposo di una paziente avvenuto a causa dell'imperizia del personale medico che non abbia effettuato gli esami clinici necessari e trasferito la paziente in un nosocomio attrezzato qualora abbia avuto diretta conoscenza della situazione clinica, intervenendo personalmente e assicurando l'efficienza della struttura, benché questa fosse priva delle attrezzature necessarie per la cura della specifica patologia. Tali requisiti fondano un rimprovero a titolo di colpa, a nulla rilevando che la legge regionale n. 64 del 1987 vieti al direttore sanitario di svolgere compiti diagnostici e curativi>>.

[37] V. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., p. 13; Id., *La responsabilità colposa medica e organizzativa*, cit., 104 ss.

[38] Sulla responsabilità statale per diniego di accesso alle cure, v. Corte EDU, Grande Camera, 19 dicembre 2017, Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal; in dottrina, L. Risicato, *La metamorfosi*, cit., 7 ss.

[39] Per riprendere un'efficace espressione di F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., par. 3

[40] V. recentemente Cass., Sez. IV pen., 31 maggio 2019 (ud. 9 aprile 2019), n. 24372, in *De Jure*: nelle motivazioni dell'annullamento della sentenza di condanna di secondo grado si legge: <<nella sentenza in esame è mancata una adeguata declinazione anche del profilo soggettivo del rimprovero colposo ascritto agli odierni imputati, che agirono in via di fatto in cooperazione tra loro. *Le condizioni di concitazione ed urgenza in cui si svolse l'azione di soccorso prestata al Mo. – dai medici sportivi presenti a bordo campo e dal medico del 118 sopraggiunto – non sono state altrimenti considerate, nella prospettiva della concreta esigibilità di una diversa condotta da parte dei sanitari*>> (corsivo nostro).

[41] Tra le sentenze di legittimità più recenti, v. Cass., Sez. IV pen., 4 novembre 2014, n. 49707, I., integralmente riportata in *Foro it., Arch. Cass. Pen.*: <<In tema di colpa, la valutazione in ordine alla prevedibilità dell'evento va compiuta avendo riguardo anche alla concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle sue specifiche qualità personali, in relazione alle quali va individuata la specifica classe di agente modello di riferimento (in applicazione del principio la suprema corte ha censurato la sentenza di condanna dell'imputato per omicidio colposo del paziente affidatogli, non risultando adeguatamente considerata la sua qualità di semplice specializzando in neurologia come tale non equiparabile, in sé a quella del medico specializzato)>>.