

**Penale Sent. Sez. 4 Num. 15258 Anno 2020**

**Presidente: DI SALVO EMANUELE**

**Relatore: DOVERE SALVATORE**

**Data Udiienza: 11/02/2020**

### **SENTENZA**

sui ricorsi proposti da:

AGNELLO SANTI nato a CATANIA il 29/09/1963

ASERO VALENTINA nato a CATANIA il 29/03/1975

avverso la sentenza del 01/02/2019 della CORTE APPELLO di CATANIA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere SALVATORE DOVERE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore KATE TASSONE

che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio.

uditi i difensori:

Per le parti civili Scavone Luisa Alessandra e Scavone Lucia Daniela Maria, l'avv. Siracusano Fabrizio del foro di Catania chiede l'inammissibilità del ricorso, deposita conclusioni e nota spese. Per la parte civile Marletta Giovanni Antonino l'avv. Sorbello Viola del foro di Catania chiede l'inammissibilità del ricorso, deposita conclusioni e nota spese.

Per Agnello Santi l'avv. Antoci Giorgio Salvatore del foro di Catania chiede l'accoglimento del ricorso. Per Asero Valentina l'avv. Antoci Alessandro Francesco del foro di Catania chiede l'accoglimento del ricorso.



## RITENUTO IN FATTO

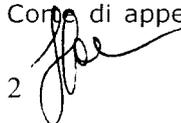
1. Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di Catania ha confermato la pronuncia emessa dal Tribunale di Catania con la quale Agnello Santi e Asero Valentina erano stati giudicati responsabili del reato di cui all'art. 589 cod. pen., in relazione alla morte di Alfia Aurora Marletta, cagionata nelle rispettive qualità di specialista radiologo e di medico di pronto soccorso, ed erano stati condannati ciascuno alla pena di un anno di reclusione nonché al risarcimento del danno in favore delle costituite parti civili (oltre ulteriori statuizioni accessorie). Il coimputato Caputo Gabriele veniva invece assolto dal Tribunale e la pronuncia non veniva appellata.

La Corte di appello, in particolare, ha negato che gli imputati fossero incorsi in mera imperizia e che la loro colpa fosse stata di grado lieve, così escludendo tanto l'applicazione dell'art. 3 della legge n. 189/2012 che dell'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge n. 24/2017; ha altresì negato le attenuanti generiche e rigettato la richiesta di revoca della disposta provvisoria o di sospensione della esecuzione della stessa.

2. La vicenda che ha dato causa al presente procedimento ha avuto inizio il 25 maggio 2010, allorché la signora Alfa Maria Marletta si presentò all'ospedale Vittorio Emanuele di Catania e venne sottoposta a TAC cerebrale senza contrasto da parte del medico radiologo Caputo Gabriele. Questi, secondo l'accertamento condotto dal primo giudice, ometteva di diagnosticare una già presente emorragia sub aracnoidea (ESA). Il giorno successivo la Marletta venne nuovamente sottoposta a TAC su richiesta del Caputo; l'esame venne eseguito dall'Agnello, il quale emise un referto del seguente tenore "*reperti tac odierni invariati rispetto ai precedenti di ieri*".

Dopo un periodo di degenza la Marletta venne dimessa il 5.6.2010, con diagnosi di 'cefalea a frigare'. Il 30 giugno 2010 la donna si presentò al pronto soccorso dell'ospedale Cannizzaro di Catania, lamentando sindrome vertiginosa perdurante da circa un mese; venne visitata dalla Asero la quale, pur essendo a conoscenza dell'avvenuta esecuzione di due esami TAC encefalo, omise di disporre l'esecuzione di rachicentesi o di un nuovo esame TAC encefalo e dimise la paziente con la diagnosi di sindrome vertiginosa. Nei giorni successivi le condizioni di salute della Marletta subirono un peggioramento e il 13 luglio 2010 la donna decedette a causa di un'emorragia subaracnoidea determinata dalla rottura di un aneurisma intracranico.

Non essendo contestata la ricostruzione dei fatti, ivi compresa la significatività delle due TAC eseguite il 25 ed il 26 maggio 2010 e la correlazione causale tra l'omessa diagnosi e l'evento morte, la Corte di appello ha approfondito il tema



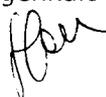
della misura della divergenza tra condotta doverosa e condotta concretamente tenuta dall'Agnello e dall'Asero, anche attraverso una perizia disposta nel giudizio di secondo grado. Le conclusioni alle quali è pervenuta la Corte d'appello sono state nel senso che l'Agnello aveva sottovalutato i sintomi patognomonicamente ampiamente manifesti e non aveva dato luogo a un iter diagnostico, che poteva portare fino alla esecuzione di puntura lombare, rendendo quindi impossibile il trattamento precoce dell'aneurisma. La condotta dell'Agnello fu per un verso negligente e per altro imperita; e fu grave la colpa del sanitario, stante la ragguardevole deviazione rispetto all'agire appropriato, quale definito dalle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento che prevedono l'esecuzione di angioTac.

In modo analogo la corte distrettuale ha ritenuto gravemente colposo anche il comportamento della Asero, in quanto non conforme ai protocolli terapeutici, che le avrebbero imposto di richiedere una consulenza specialistica o almeno un nuovo esame Tac. Ha ravvisato quindi una grave imperizia e una grave negligenza.

3. Avverso tale decisione ha proposto ricorso Agnello Santi, a mezzo del difensore avvocato Giorgio Antoci, denunciando con un primo motivo la violazione dell'art. 159 cod. pen., per aver la Corte di appello ommesso di dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione.

L'esponente rileva che il fatto-reato risulta commesso il 13 luglio 2010 e il termine prescrizionale è pari a sette anni e sei mesi; ad esso va aggiunto il periodo di sospensione che, calcolato secondo le ordinanze di sospensione dei termini adottate dalla Corte di appello, porterebbe a ritenere decorso il termine di prescrizione il 21 febbraio 2019, data alla quale la sentenza impugnata ancora non era stata depositata. Tuttavia, l'esponente ravvisa un'erronea applicazione dell'art. 159 cod. pen., per avere la Corte di Appello ritenuto valevole ai fini della sospensione del termine prescrizionale il rinvio disposto all'udienza del 15 dicembre 2017; ancorché con l'ordinanza della Corte territoriale sia stata disposta la sospensione del termine di prescrizione, in realtà l'acquisizione probatoria, seppure sollecitata dalla difesa, non integra una delle cause di sospensione del termine previste dalla legge. Esclusa quindi la sospensione del termine disposta dalla Corte di appello, il reato si è estinto il 12 gennaio 2018, ovvero in data anteriore alla pronuncia della sentenza impugnata.

Con un secondo motivo l'esponente deduce la illogicità della sentenza impugnata poiché la Corte di appello non ha valutato quali fossero le linee guida al momento del fatto e non ha approfondito quali fossero i doveri del radiologo Agnello. Da un canto, infatti, occorre comparare la condotta di questi alle linee guida all'epoca vigenti (quelle adottate il 27 gennaio 2009 dal Consiglio superiore



di sanità). Dall'altro, la Corte avrebbe dovuto valutare, per determinare il grado di colpa, se vi fossero differenze sostanziali nel quadro clinico; se il referto dell'Agnello avesse contenuto non dirimente o viceversa affermasse l'insussistenza del sanguinamento ed ancora, il grado di preparazione dell'imputato, atteso che la competenza funzionale di un radiologo non può essere equiparata a quella di un radiologo vascolare. Rimarca l'esponente che è dirimente non l'evento quale si è verificato ma il comportamento che le linee guida e le buone prassi richiedono al professionista. A fronte di quanto sostenuto dal perito Craparo, che ha affermato la correttezza dell'agire dell'imputato, la Corte distrettuale si sarebbe potuta discostare da tale giudizio ma spiegandone le ragioni. Per altro aspetto il ricorrente osserva che la sentenza afferma tautologicamente che vi è stata imperizia ed in modo illogico che vi è stata negligenza da parte dell'Agnello. La Corte di Appello non ha spiegato in cosa sia consistita la deviazione ragguardevole rimproverata all'imputato e tale giudizio si fonda sull'analisi dell'evento ma non su quella della condotta tenuta. Vi è stata poi anche una erronea applicazione del menzionato articolo 3 del d.l. n. 158/2012, convertito dalla legge n. 189/2012, laddove si è ritenuto che questo potesse essere applicato alla sola imperizia. Per tale aspetto il ricorrente rammenta l'evoluzione giurisprudenziale che si è prodotta a seguito dell'entrata in vigore della cosiddetta legge Balduzzi.

Con ulteriore motivo il ricorrente lamenta che la Corte territoriale non abbia affrontato la questione del possibile riconoscimento delle attenuanti generiche nonostante una specifica richiesta in tal senso formulata dall'appellante.

4. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza anche l'imputata Asero Valentina, a mezzo del difensore avvocato Alessandro Antoci.

Con un primo motivo ha lamentato la erronea applicazione dell'art. 159 cod. pen., in termini coincidenti al ricorso proposto dal coimputato.

Con un secondo motivo ha lamentato il vizio motivazionale e l'erronea applicazione dell'art. 3 legge n. 189/2012, per avere la Corte di Appello escluso l'applicabilità di detta norma senza considerare le linee guida all'epoca vigenti (quelle approvate nella seduta del 27 gennaio 2009 dal Consiglio superiore di sanità), e quindi senza rilevare che la Asero non era stata in condizione di sospettare che la paziente presentava una ESA perché nessuna specifica manifestazione clinica era evidente o era stata riferita. La Corte di appello ha affermato che la Asero fu certamente consapevole dell'anamnesi; ma tale certezza, osserva il ricorrente, non è in atti. Gli stessi periti della Corte di appello hanno dato atto che la Asero non avrebbe potuto vedere la cartella clinica della Marletta perché non informatizzata; sicché, anche nel caso in cui la Asero fosse venuta a conoscenza del fatto che la paziente era stata precedentemente

4 

ricoverata nello stesso nosocomio, ella non avrebbe comunque potuto compulsare la cartella clinica. I medesimi esperti hanno affermato che la Asero avrebbe potuto ma non che avrebbe dovuto disporre una nuova TAC. La Corte d'appello avrebbe quindi dovuto motivare in ordine alla scelta di ritenere inescusabile l'errore commesso, specie a ragione del fatto che i periti avevano affermato la correttezza dell'agire da parte dell'imputata, che a loro avviso non aveva alcun obbligo di agire diversamente rispetto a come fece. Il giudice può discostarsi dalle risultanze dell'indagine scientifica ma ha il dovere di spiegarne le ragioni. La Corte di Appello ha affermato tautologicamente che vi è stata imperizia e in modo illogico che vi è stata negligenza. Non ha specificato in cosa sia consistita la deviazione ragguardevole che pure ha giudicato ricorrente, non valutando l'oscurità del quadro presentato dalla paziente. Secondo l'esponente, simili carenze argomentative rendono la sentenza palesemente illogica perché è fondata sull'analisi dell'evento e non della condotta tenuta. Il vizio motivazionale si traduce anche nella erronea applicazione dell'articolo 3 citato, specie per quanto attiene alla limitazione alla sola imperizia dell'ambito applicativo della legge Balduzzi. A questo riguardo il ricorrente rammenta l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto a ritenere applicabile la menzionata disposizione anche all'ipotesi di negligenza.

Con un terzo motivo la ricorrente lamenta la omessa motivazione in merito al diniego di riconoscimento delle attenuanti generiche, ancorché oggetto di una specifica richiesta.

#### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il primo motivo di entrambi i ricorsi è fondato.

La Corte di appello ha erroneamente computato la durata del periodo di sospensione del termine di prescrizione, tenendo conto anche dell'intervallo temporale tra l'udienza del 15.12 e la successiva, nonostante il rinvio fosse stato disposto per necessità afferenti la prova. Vale rammentare, al riguardo, che secondo il fermo insegnamento di questa Corte, in tema di prescrizione del reato, il rinvio del dibattimento riferibile ad esigenze di acquisizione della prova non determina la sospensione nel corso della prescrizione (Sez. 3, n. 26429 del 01/03/2016 - dep. 24/06/2016, Bellia e altro, Rv. 26710101). Ciò implica che, nel caso di concomitante presenza di due fatti legittimanti il rinvio del dibattimento, l'uno riferibile all'imputato o al difensore, l'altro ad esigenze di acquisizione della prova (art. 304, comma primo, lett. a, cod. proc. pen.), la predominante valenza di quest'ultima preclude l'operatività del disposto dell'art. 159 cod. pen. e la conseguente sospensione nel corso della prescrizione (Sez. 5, n. 49647 del 02/10/2009 - dep. 28/12/2009, Delli Santi, Rv. 24582301).



L'errore ha condotto la Corte di appello a non rilevare l'avvenuto decorso del termine di prescrizione. Il quale, peraltro, non coincide con il 12.1.2018, come pretenderebbe l'Agnello, eliminando ingiustificatamente tutti i periodi di sospensione; ma con il 23.8.2018, e pertanto anteriormente alla pronuncia della sentenza qui impugnata.

Giova rammentare che l'insegnamento impartito dalle Sezioni Unite è nel senso che *"nessun dato positivo induce a ritenere che non possa censurarsi, con il ricorso per cassazione, l'errore del giudice di appello che ha ommesso di dichiarare la già intervenuta prescrizione del reato, pur se non eccepita dalla parte interessata in quel grado. Il ricorso per cassazione, anche se strutturato su questo solo motivo, è certamente ammissibile, perché volto a fare valere l'inosservanza o l'erronea applicazione della legge penale ex art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen."* (Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015 - dep. 25/03/2016, Ricci, Rv. 26681901, in motivazione).

2. La fondatezza del motivo ha come conseguenza la declaratoria di estinzione del reato e, pertanto, l'annullamento della sentenza agli effetti penali.

Le censure svolte dai ricorrenti sono comunque da esaminare, attesa la pronuncia di condanna degli stessi al risarcimento dei danni in favore delle parti civili.

In tema di declaratoria di estinzione del reato, infatti, l'art. 578 cod. proc. pen. prevede che il giudice d'appello o la Corte di Cassazione, nel dichiarare estinto per amnistia o prescrizione il reato per il quale sia intervenuta "condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati", sono tenuti a decidere sull'impugnazione agli effetti dei capi della sentenza che concernano gli interessi civili; al fine di tale decisione i motivi di impugnazione proposti dall'imputato devono essere esaminati compiutamente, non potendosi trovare conferma della condanna al risarcimento del danno (anche solo generica) dalla mancanza di prova della innocenza degli imputati, secondo quanto previsto dall'art. 129, co. 2 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 3284 del 25/11/2009 - dep. 2010, Mosca, Rv. 245876; Sez. 6, n. 18889 del 28/02/2017 - dep. 19/04/2017, Tomasi, Rv. 269890).

3. Con il secondo motivo di ciascun ricorso viene denunciata la motivazione resa dalla Corte di appello per giustificare l'esclusione della applicabilità tanto della disciplina recata dall'art. 3, comma 1 della legge n. 189/2012 che dell'art. 590-bis cod. pen.



I rilievi sono fondati, ancorchè non valgono a dimostrare l'evidenza della prova di innocenza, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., per le ragioni di seguito precisate.

3.1. Nonostante le notevoli difficoltà interpretative proposte dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158/2012, la giurisprudenza di legittimità ne ha definito con sufficiente nitidezza i contenuti precettivi, tra i quali meritano esplicita menzione in questa sede, per la maggiore attinenza ai temi che saranno trattati:

- la limitazione della responsabilità del medico alla ipotesi di errori connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia, secondo l'interpretazione che infine è risultata prevalente nella giurisprudenza di legittimità (Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016 - dep. 06/06/2016, Denegri, Rv. 26690301);

- l'"abolitio criminis" parziale degli artt. 589 e 590 cod. pen., avendo l'art. 3, comma 1 ristretto l'area del penalmente rilevante rispetto alla fattispecie 'comune' (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013 - dep. 09/04/2013, Cantore, Rv. 25510501);

- grava sull'accusa l'onere di dimostrare che ricorrono le condizioni per la rilevanza penale del fatto contestato e quindi che la condotta colposa non è stata tenuta attuando linee guida pertinenti al caso concreto, o che si è in presenza di colpa grave.

3.2. Il sopraggiungere dell'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dall'art. 5 della legge n. 24/2017, ha peraltro determinato un nuovo cambio di scenario.

In estrema sintesi, e sempre limitando i richiami a quanto di maggiore attinenza ai fini della presente trattazione:

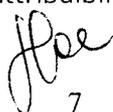
a) la nuova fattispecie ha natura giuridica di causa di non punibilità;

b) essa trova applicazione nei soli casi di imperizia;

c) la colpa del sanitario è suscettibile di irrilevanza penale solo se di grado lieve (così, Sez. U, n. 8770 del 21/12/2017 - dep. 22/02/2018, Mariotti e altro, Rv. 27217401).

La diversità tra discipline certamente insistenti sulla medesima materia ha posto anche questioni in ordine all'identificazione di quella applicabile ai sensi dell'art. 2, comma 4 cod. pen. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, l'abrogato art. 3 comma 1, del d.l. n. 158/2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies cod. pen., sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve per imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto (Sez. U, n. 8770/2018, Rv. 27217501).

3.3. Già dalle essenziali premesse sin qui delineate risulta evidente che il giudice di merito investito del compito di pronunciarsi in ordine alla responsabilità dell'esercente una professione sanitaria per l'evento infausto causato nel praticare l'attività, ove concluda per la attribuibilità di quello alla condotta colposa

  
7

dell'imputato, è tenuto a rendere una articolata motivazione, dovendo indicare, tra l'altro: 1) se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; 2) specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza); 3) appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata dalle pertinenti linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali (Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018 - dep. 06/08/2018, De Renzo, Rv. 27346301) e più in generale quale sia stato il grado della colpa; 4) ove il reato non sia stato commesso sotto la vigenza dell'art. 590-sexies cod. pen. (cfr. Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018 - dep. 24/09/2018, P, Rv. 27393401), accertare a quale delle diverse discipline succedutesi nel tempo debba essere data applicazione, in quanto più favorevole all'imputato nel caso concreto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, co. 4 cod. pen.

Un percorso che, per quanto riguarda l'accertamento del grado della colpa, impone di considerare molteplici indici, taluni dei quali attengono alla cd. misura oggettiva della colpa, altri alla cd. misura soggettiva della colpa. Ai fini della intelligenza della presente motivazione non è necessario operare una completa ricostruzione (non si farà cenno, ad esempio, al ruolo attribuibile, sul piano in esame, al concorso di colpa della vittima: cfr. Sez. 4, n. 38559 del 27/06/2017 - dep. 02/08/2017, Leone, Rv. 27102401). Si farà menzione solo di alcuni aspetti, più strettamente legati alla disciplina penale concernente le professioni sanitarie.

3.4. L'accertamento della rinvenibilità in linee guida o in buone pratiche delle direttive comportamentali pertinenti al caso concreto si avvale per solito del contributo di esperti. Le plurime questioni che si pongono alla luce del sistema congegnato dalla legge n. 24/2017 e quelle che, sin dal d.l. n. 158/2012, si agitano a riguardo del parametro dell'adeguatezza delle stesse, possono essere tralasciate per la loro irrilevanza ai fini del presente giudizio. Nell'economia della attuale trattazione assume rilievo piuttosto il giudizio di conformità dell'operato del sanitario alle linee guida o all'alternativo referente cautelare prevalente per la maggiore appropriatezza; e il richiamo alla necessaria emersione, nel contesto motivazionale, della valutazione in ordine all'adeguamento che quelle direttive eventualmente imponevano per poter rispondere alle necessità del caso concreto.

Quanto al primo profilo, va rammentato che sotto la vigenza del d.l. 158/2012 la giurisprudenza di legittimità ha statuito che l'errore che sottrae alla sanzione penale presuppone in ogni caso che il sanitario si sia orientato secondo le indicazioni ricavate da linee guida: se le linee guida non sono adeguate allo specifico paziente e dovevano essere disattese, il medico che ciò nonostante se ne sia fatto osservante cade in errore; il quale, siccome per adesione alle linee



guida, sia pure inadeguate, gli guadagna la liceità della condotta, se connotata da colpa lieve.

Ove poi "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", ancora una volta "la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore sia non lieve" (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013 - dep. 09/04/2013, Cantore, Rv. 25510501).

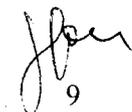
In sintesi, sotto la vigenza del d.l. n. 158/2012, poteva assumere rilievo, escludendo la illiceità penale, tanto una colpa (lieve) *per l'adesione* a linea guida inadeguata, sia una colpa (lieve) *nell'adesione*, ovvero applicando le raccomandazioni contenute nelle linee guida (*genus* nel quale potrebbe farsi rientrare, oltre all'adattamento alle specificità del caso concreto - cd. adempimento imperfetto - anche l'errore di esecuzione).

Nel nuovo quadro definito dall'art. 590-*sexies* cod. pen., invece, la non punibilità può essere riconosciuta solo al sanitario che abbia fatto applicazione di linee guida correttamente individuate come appropriate, e che abbia errato nella loro applicazione.

Di qui la necessità, per il giudice che si trovi a dover dare rilievo al fenomeno successorio, ove la colpa consista proprio nell'errore nella scelta - non ostante all'applicazione dell'art. 3, comma 1 d.l. n. 158/2012 - di valutare la misura della esigibilità della corretta opzione. Diversamente, andrà valutata la misura della esigibilità della corretta attuazione.

3.5. Come si è già scritto, nel concetto di attuazione viene attratto anche quello di adattamento. Per l'opinione dominante che rinviene nelle linee guida esclusivamente o prevalentemente raccomandazioni necessariamente generiche, l'adattamento al caso specifico è pressoché indefettibile. Anche in quest'opera può insediarsi un errore; il giudice deve saperlo riconoscere e misurare. Riconoscerlo significa, necessariamente, operare la corretta qualificazione della condotta, accertando se essa sia stata negligente, imprudente o imperita.

E' noto che la effettiva riconoscibilità di tre diverse forme di comportamento colposo (a lato restando la colpa specifica) non trova concorde la dottrina, divisa tra quanti ritengono che in realtà la colpa si risolve comunque in una negligenza e quanti sostengono la realtà della distinzione. Rilevante, perché trova conferma nella realtà effettuale, l'opinione che segnala la frequente difficoltà di distinguere, in specie in ambito medico, "il confine tra conoscenza, uso appropriato della



9

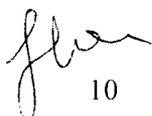
cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta". Anche questa Corte ha di recente rimarcato la difficoltà di procedere ad una soddisfacente *actio finium regundorum*; si è scritto che "la scienza penalistica non offre indicazioni di ordine tassativo, nel distinguere le diverse ipotesi di colpa generica, contenute nell'art. 43, terzo alinea, c.p. (...). Allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offr[e] uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l'ambito di operatività della novella sulla responsabilità sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela" (Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016 - dep. 06/06/2016, Denegri, Rv. 26690301, in motivazione).

Tuttavia, si tratta di affermazione che si confrontava con la disciplina incarnata dall'art. 3, co. 1 del d.l. n. 158/2012, nella quale - infine - la necessità di distinguere si era attutita grandemente.

Per contro, ad avviso di questo Collegio, la nuova formula normativa impone di ritenere che ci si trovi in presenza di una tripartizione non meramente retorica ed il rilievo, del tutto nuovo, che assume la qualificazione della condotta come imperita piuttosto che come negligente o imprudente, impegna il giudice a ricercare i tratti che segnano una diversità, nella assoluta consapevolezza che alla difficoltà sopra ricordata non può che seguire un estremo scrupolo nell'accertamento e nella motivazione.

Di certo anche tale aspetto, come ogni altro proposto dalla contestazione, va verificato, nella consapevolezza che l'enunciato non deve fare velo alla concreta consistenza della condotta ascritta ed accertata. Si vuol rimarcare che occorre essere avvertiti del rischio che venga qualificata dall'imputazione come negligenza o imprudenza una condotta che, pur presentando anche profili cui si confà tale qualificazione, ha nel proprio nucleo una imperizia.

3.6. Nella giurisprudenza di questa Corte si fatica ad individuare indicazioni in merito a ciò che deve intendersi per imprudenza, negligenza, imperizia; e ciò a ragione della già rappresentata relativa incidenza di una loro distinzione. Un'ormai risalente decisione ha identificato l'imprudenza nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagna nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui (Sez. 4, n. 5576 del 21/05/1985 - dep. 05/06/1985, Cannella, Rv. 16963101). Il principio fa eco a quell'insegnamento dottrinario

  
10

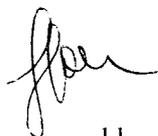
secondo il quale l'imprudenza consiste in un'azione (attività positiva), laddove la negligenza si disvela in corrispondenza di un non fare. Si tratta, tuttavia, di un discrimine che non convince, risultando evidente che la negligenza può connotare un comportamento attivo e la stessa imprudenza può caratterizzare, sia pure più raramente, un comportamento omissivo (si pensi a chi lasci che un grave cada, pur potendo intervenire, per impaurire il malcapitato, che invece resta infortunato).

Con specifico riferimento alla responsabilità sanitaria si è sostenuto che l'errore diagnostico è frutto di imperizia (Sez. 4, n. 57 del 30/10/1998 - dep. 05/01/1999, Capelli A, Rv. 21260001); mentre la scelta compiuta dal sanitario il quale, tra due possibili modalità d'esecuzione di un intervento chirurgico, abbia preferito quella ritenuta più agevole ancorché maggiormente rischiosa, integra gli estremi della condotta imprudente (Sez. 4, n. 45126 del 06/11/2008 - dep. 04/12/2008, Ghisellini, Rv. 24190801).

Ad avviso di questo Collegio non è possibile operare delle generalizzazioni per le molteplici espressioni dell'esercizio delle attività sanitarie, perché almeno nella maggioranza dei casi uno stesso atto medico può mettere radici in causali diverse. A mero titolo di esempio: la somministrazione di un farmaco in dose non curativa ma letale può dipendere tanto dalla scarsa attenzione posta nel leggere la prescrizione redatta dal primario (si veda il caso esaminato in Sez. 4, n. 20270 del 06/03/2019 - dep. 13/05/2019, Palmeri, Rv. 27623802), quanto dalla carente conoscenza delle caratteristiche del farmaco, che lascia credere alla innocuità del quantitativo somministrato.

La decisione deve quindi riuscire a delineare l'origine dell'errore; e poiché ove sia il carattere negligente o imprudente della condotta a fare da fondamento alla pronuncia di condanna, non può che trovare anche in questo caso, ove persista incertezza in ordine a quell'origine, il canone del favor rei, quale complemento della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Ciò precisato, ritiene il Collegio che, pur con la prudenza richiesta da un tema così intricato, ai fini che qui occupano ci si possa giovare della concettualizzazione per la quale "l'imperizia è concetto proprio dell'esercizio di una professione e si configura nella violazione delle «regole tecniche» della scienza e della pratica (o *leges artis*) con ciò differenziandosi dalla imprudenza e negligenza alla cui base vi è la violazione di cautele attuabili secondo la comune esperienza". Si tratta di una concezione che trova già eco nella giurisprudenza di questa Corte; infatti, si è sostenuto che "rientra nella nozione di imperizia il comportamento attivo o omissivo che si ponga in contrasto con le regole tecniche dell'attività che si è chiamati a svolgere" (Sez. 4, n. 16944 del 20/03/2015 - dep. 23/04/2015, Rota e altro, Rv. 263388).



Partendo da questo assunto possono essere definite le prime implicazioni:

a) la perizia è connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto; essa presuppone la necessità che il compito richieda competenze che non appartengono al *quivis de populo* e che sono tipiche di specifiche professionalità;

b) in linea di massima, l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, si presta ad essere valutato *primariamente* in termini di perizia/imperizia; per definizione le attività professionali richiedono l'uso di perizia, cioè il rispetto delle regole che disciplinano il modo in cui quelle attività devono essere compiute per raggiungere lo scopo per il quale sono previste; ciò non esclude che l'evento possa essere stato determinato da un errore originato da negligenza o da imprudenza. Sarà allora necessario isolare con precisione tale errore, sulla scorta di pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza.

Esemplificando ancora una volta: un medico praticando l'epidurale penetra la cute in un punto diverso da quello prescritto dalle *leges artis*; egli risponderà per imperizia se aveva le cognizioni richieste dall'atto medico in merito al punto esatto nel quale introdurre l'ago; risponderà per imperizia se non ha le competenze esecutive richieste dalle *leges artis* (non sa tenere fermo l'ago nell'atto di infiggerlo); risponderà per negligenza se erra nella esecuzione dell'atto perché distolto dalla conversazione con il suo assistente (ma sempre che non vi sia norma tecnica che impone di tenere costantemente sotto osservazione il campo operatorio mentre si introduce l'ago).

Anche questi esempi, che certo non valgono quale campione rappresentativo della casistica, evidenziano come l'imperizia sia la forma di colpa elettiva del professionista. Ciò rischiarà il senso della esplicita limitazione alla imperizia del campo di applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 590-sexies cod. pen.

Quanto sin qui esposto può essere riassunto nel modo che segue: *"la perizia è connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto; l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, propone in via elettiva errori determinati da imperizia, sicché l'eventuale negligenza o imprudenza deve essere accertata specificamente, in base a pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza"*.

4. Venendo all'ulteriore aspetto, della distinzione tra colpa lieve e colpa non lieve, l'elaborazione giurisprudenziale ha tracciato importanti linee direttrici, in grado di offrire al giudice di merito sicuri riferimenti per un giudizio conforme a



legge. Tuttavia, è necessario dare maggiore concretezza e specificità ai criteri già definiti, onde evitare – come mostra icasticamente la sentenza qui impugnata – che il loro uso si traduca in un mero esercizio retorico.

Nell'approcciare il tema è necessario avere presenti le difficoltà che si presentano al decisore e ne influenzano il giudizio, in certa misura senza apparire; ma anche avvantaggiarsi delle conoscenze scientifiche ormai mature che offrono ausilio per la gestione dei rischi ai quali è esposto ogni individuo allorquando è chiamato a formulare *ex post* giudizi di prevedibilità e/o di evitabilità di un dato evento già verificatosi.

4.1. In questo sforzo di concretizzazione della base del giudizio di gravità/lievità della colpa, un primo passo deve essere fatto in direzione di un chiarimento.

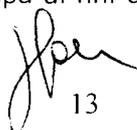
Come è noto, con la cd. legge Balduzzi si è introdotta nell'ordinamento una indiscutibile innovazione, di grande portata; ma tutt'altro che eccentrica rispetto ad una tradizione giuridica nazionale, legislativa e dottrinarina, accompagnata da una giurisprudenza per lo più consonante, che riconobbe la triade *culpa levissima, levis* e *lata*, sostenendo la irrilevanza penale di quella lievissima. Una tradizione giunta sino alle soglie del ventesimo secolo.

Secondo la Relazione ministeriale che accompagnava il codice Zanardelli, la formula legale – invero non dissimile da quella leggibile nel vigente art. 43 cod. pen. – doveva far intendere che “né per inavvertenza, imprudenza o negligenza debba ritenersi imputabile qualunque fatto dell'uomo, nel quale non siano osservate le più sottili cautele del vivere civile, né per imperizia dell'arte o professione o per inosservanza di regolamenti, discipline o doveri del proprio stato si intenda ogni e qualunque deviazione delle norme particolari o generali, che incombono al professionista o a qualsiasi cittadino”.

Come confermava anche uno dei membri della Commissione che aveva collaborato alla stesura del codice, “comunque non fu disconosciuta l'utilità dell'antica divisione in *lata*, *levis*, *levissima*, ammettendo implicitamente nella formola legislativa, esplicitamente nella relazione, che la colpa lievissima non è d'ordinario punibile, non potendosi pretendere dagli uomini una previdenza od una perizia od una conoscenza del dovere straordinario, cioè non comune alla media fra gli uomini”.

Anche dopo l'entrata in vigore del codice Rocco la distinzione tra colpa lieve e colpa lievissima trovò riconoscimento; persino nella giurisprudenza, che continuò per qualche anno ancora a ritenere la colpa lievissima ragione di responsabilità civile ma non di sanzione penale.

E' a tutti noto che ben presto prese piede e poi prosciugò il dibattito la tesi di una irrilevanza del grado della colpa ai fini dell'*an* della responsabilità, operando

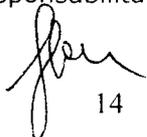


13

detto profilo del reato colposo solo nella dimensione commisurativa. Ma più che al testo dell'art. 133 cod. pen., tale tesi sembra rispondere ai bisogni della società del rischio, che dallo sviluppo tecnologico non ricava solo benefici ma anche crescenti insicurezze e che rinviene nella pretesa di massima cautela rivolta a ciascun consociato una parvenza di rimedio. Il principale strumento teorico utilizzato per il superamento delle antiche posizioni è stata la sostituzione, quale termine di raffronto della condotta dell'agente reale, dell'ideal-tipo dell'uomo medio - ancora presente alla mente dei redattori del codice Zanardelli - con quello dell'*homo eiusdem condiciones et professionis* o con quello, ancor più acuminato, dell'agente modello. Archetipi la cui fisionomia è in definitiva tratteggiabile dal giudicante con relativa libertà; e che anche per questo motivo permettono di elevare le pretese della collettività nei confronti di ciascuno, facendo del reato colposo (di evento) - come ha osservato autorevole dottrina - uno strumento "di apprendimento e di attuazione di regole di organizzazione della sicurezza" da parte dell'intera comunità, capace di reclutare ogni consociato nel contrasto dei rischi; operazione tanto più avvertita necessaria quanto più è possibile che da 'piccole' negligenze derivino danni immani.

Ciò nonostante, il convincimento che fosse necessario delimitare lo spazio del giudizio di responsabilità penale del sanitario fu alla base della giurisprudenza formatasi sino agli anni ottanta del secolo scorso, incline a riconoscere nell'attività medica *in sé* un'opera di speciale difficoltà, e quindi a limitare la responsabilità ai soli casi di colpa grave, identificati in corrispondenza della "macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte". Si ammoniva che "la colpa professionale del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile. Pur tuttavia la esclusione di colpa professionale medica trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica" (Sez. 4, n. 447 del 06/03/1967 - dep. 06/07/1967, Izzo, Rv. 10492901).

Una simile ricostruzione metteva radici in una concezione della relazione medico-paziente che proprio in quel torno di tempo si svelava relitto storico, abbandonato sotto la spinta del crescente rilievo accordato ai diritti del paziente, e tra questi al diritto ad una corretta informazione, strumentale all'esercizio del diritto di scegliere il se e il come della cura. Ma quella posizione così indulgente trovava anche un preciso ancoraggio normativo nell'art. 2236 c.c., che secondo l'interpretazione allora corrente doveva trovare applicazione anche in rapporto all'illecito penale: "in tema di responsabilità per delitto colposo nell'esercizio della



14

professione medica l'errore penalmente rilevante non può configurarsi se non nel quadro della colpa grave, così come richiamata dallo art. 2236 cod. civ.: colpa, che si riscontra nell'errore inescusabile derivante o dalla mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica e diligenza, che non devono mai mancare in chi esercita la professione sanitaria (Sez. 4, n. 5555 del 17/02/1981 - dep. 06/06/1981, Faraggiana, Rv. 14921801).

Nonostante la Corte costituzionale si fosse espressa in termini oggettivamente convergenti con siffatta ricostruzione (C. cost., sent. n. 166/1973), nel tempo a seguire la giurisprudenza di legittimità ha decisamente mutato rotta, disconoscendo qualsiasi ragione di specialità allo statuto penalistico dell'attività sanitaria, e quindi negando ogni rilievo al grado della colpa sul piano dell'an della responsabilità; salvo mantenere viva una posizione, invero mai confortata dalla interpretazione maggioritaria, per la quale, ferma l'autosufficienza delle norme del codice penale dedicate all'illecito colposo, e quindi la ultroneità del precetto contenuto dall'art. 2236 c.c., tuttavia da esso può ricavarsi una regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all'esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà (Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007 - dep. 26/10/2007, Buggè, Rv. 23787501; Sez. 4, n. 4391 del 22/11/2011 - dep. 01/02/2012, P.C. in proc. Di Lella, Rv. 25194101).

Così, per almeno un quarto di secolo, il giudizio in ordine alla responsabilità del sanitario per illecito colposo di evento si è potuto disinteressare del grado della colpa.

4.2. L'oggetto del presente giudizio non richiede di attardarsi ulteriormente nella trattazione. Quel che è stato esposto, infatti, non ha finalità di ricostruzione storica. La legislazione prodottasi nel 2012 ha fatto perno sulla colpa lieve ("L' esercente la professione sanitaria ... non risponde penalmente per colpa lieve"). Il diritto vivente che si è consolidato nel tempo a seguire non ha mai dubitato che l'enunciato sottintendesse il binomio colpa lieve/colpa grave; ma non ha chiarito se ciò significhi negare l'esistenza di un ulteriore e minor grado di colpa - la colpa lievissima - oppure consegua alla irrilevanza in concreto di una autonoma evidenziazione di quest'ultimo, posto che la sufficienza della colpa lieve per la eversione del circuito penale rende privo di effetto pratico la distinzione tra colpa lieve e colpa lievissima. E tuttavia la questione è di sicura importanza, perché riconoscere nella fenomenologia colposa l'esistenza di una colpa lievissima ha effetto anche sulla pratica apposizione del confine tra colpa lieve e colpa grave.

Posto che il discrimine tra illecito civile e illecito penale non è più identificabile sulla scorta del grado (lievissimo) della colpa (il vessillo del diritto criminale



15

sventola già sulla regione della colpa incosciente lievissima), la evidenziazione di una più complessa articolazione vale quindi a dimostrare che il giudice penale che si appropria a valutare quel grado, sul piano commisurativo come su quello dell'*an* della responsabilità, deve tener presente che nella fenomenologia delle condotte colpose può osservarsi anche una colpa lievissima; e se essa non vale a definire il discrimine tra lecito ed illecito va comunque considerata, per evitare che nel relativo campo di azione venga fatta regredire la colpa lieve, con derivata espansione del campo della colpa grave.

4.3. Anche in una teoria della colpa che fa ricorso all'agente modello - e che quindi pretende il massimo concepibile - è apprezzabile - è doveroso apprezzare - la concreta possibilità per l'autore concreto di adeguarsi a quel modello. Parafrasando una formula autoriale, si deve rimarcare che dopo aver accertato la violazione della regola cautelare, occorre accertare che quella violazione sia stata colposa; in questo secondo step deve darsi massimo spazio alla realtà dell'autore fisico e alle condizioni concrete nelle quali si è materializzato il fatto.

E' dibattuto sino a che punto deve spingersi questo sforzo di storicizzazione del giudizio, senza cadere nell'inerità di un determinismo giustificazionista, che non riuscirebbe a spiegare una pronuncia di colpevolezza. Non v'è dubbio che l'impegno conduce a rifiutare l'adozione quale termine di raffronto di un agente modello privo dei requisiti categoriali propri del soggetto agente. La giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata al riguardo. Con riferimento al medico specializzando si è statuito che questi è titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati, fermo restando che la sua responsabilità dovrà in concreto essere valutata in rapporto anche allo stadio nel quale al momento del fatto si trovava l'iter formativo (Sez. 4, n. 6215 del 10/12/2009 - dep. 16/02/2010, Pappadà e altri, Rv. 24641901); con riferimento alla prevedibilità dell'evento da parte dell'agente si è sostenuto che va considerata la 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 (Sez. 4, n. 53455 del 15/11/2018 - dep. 29/11/2018, Galdino De Lima, Rv. 27450001; similmente, ancora con riferimento a medico specializzando, Sez. 4, n. 20270 del 06/03/2019 - dep. 13/05/2019, Palmeri, Rv. 27623801).

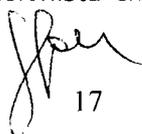
Ciò che va rimarcato in questa sede è che tanto impegna il giudice di merito ad evidenziare, di volta in volta, l'accertamento compiuto a riguardo delle qualità intrinseche alla classe specifica dell'agente modello assunto, onde rendere esplicite, con la motivazione, le basi del giudizio sul grado di divergenza tra esigibile e attuato.



4.4. Più in generale, e sempre facendo profitto della riflessione giurisprudenziale, sia pure formatasi a riguardo di diversi istituti, che danno rilievo giuridico al grado della colpa - si pensi alle previsioni rispettivamente degli artt. 43, 61, comma primo, n. 3 e 133 cod. pen. - deve rammentarsi che il grado della colpa, ai fini della personalizzazione del rimprovero che può essere mosso all'agente, e quindi della sua colpevolezza, va determinato considerando: 1) la gravità della violazione della regola cautelare; 2) la misura della prevedibilità ed evitabilità dell'evento; 3) la condizione personale dell'agente; 4) il possesso di qualità personali utili a fronteggiare la situazione pericolosa; 5) le motivazioni della condotta. Nel caso in cui coesistano fattori differenti e di segno contrario, il giudice deve valutarli comparativamente (Sez. 4, n. 22632 del 15/05/2008 - dep. 05/06/2008, P.C. e R.C. in proc. Gilio, Rv. 23989501).

L'insegnamento è stato ribadito in numerose occasioni. Meritevole di essere rammentata è in particolare Sez. 4, n. 4391 del 22/11/2011 - dep. 01/02/2012, P.C. in proc. Di Lella, Rv. 25194101 perché utilizza, *ante litteram*, termini che illuminano la funzione assegnata dal legislatore alla valorizzazione della colpa lieve in chiave di esclusione della sanzione: "il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate". Vanno quindi apprezzate e 'misurate' "le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnicoscientifiche; e ... le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili". Difficoltà tecniche e concreto contesto operativo sono quindi le piattaforme fattuali che devono essere esplorate dal giudice perché possa essere espresso un giudizio sul grado della colpa (ma, occorrendo, anche sull'assenza di colpevolezza) che voglia sottrarsi al rischio di concretarsi in un mero esercizio retorico, indizio di insondabile arbitrio.

Con specifico riferimento all'esercente una professione sanitaria, va ribadito che si può ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una



17

accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013 - dep. 09/04/2013, Cantore, Rv. 25510501). Del pari, va ribadita la ulteriore puntualizzazione operata da una pronuncia di poco successiva, al riguardo della misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare che si doveva osservare: "sul punto, ... possono venire in rilievo, nel determinare la misura del rimprovero, sia le specifiche condizioni del soggetto agente ed il suo grado specializzazione, sia la situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare. E preme sottolineare che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il giudice di merito deve procedere ad una valutazione complessiva di tali indicatori - come pure di altri, quali l'accuratezza nell'effettuazione del gesto medico, le eventuali ragioni di urgenza, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data e così di seguito - al fine di esprimere la conclusiva valutazione sul grado della colpa, ponendo in bilanciamento fattori anche di segno contrario, che ben possono coesistere nell'ambito della fattispecie esaminata, non dissimilmente da quanto avviene in tema di concorso di circostanze" (Sez. 4, n. 22281 del 15/04/2014 - dep. 29/05/2014, Cavallaro, Rv. 26227301).

4.5. La prospettiva dell'analisi delle linee guida suggerisce ulteriori indicazioni. La giurisprudenza che, precedendo il legislatore stesso, ne ha colto il rilievo, quali elementi in grado di incidere nel giudizio di responsabilità del sanitario, scandì alcune importanti direttrici, che in questa sede non è necessario rammentare. Va però segnalato che in quella teorizzazione le linee guida non recano che indicazioni di massima, che devono essere accantonate se richiesto dal caso concreto; esse *"non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p. [\"leggi, regolamenti, ordini o discipline\"]"* (Sez. 4, n. 35922 del 11/07/2012 - dep. 19/09/2012, p.c. in proc. Ingrassia, Rv. 25461801).

Intervenuta la legge Balduzzi, la decisione che forgiò il nuovo pensiero giurisprudenziale fu la sentenza Cantore. In questa importante pronuncia si afferma che *"l'attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche ..."*; *"le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti"*; *"le linee guida operano come direttiva scientifica ..."*.



Su tale premesse non si può neppure ipotizzare di ricavare dalle linee guida precise indicazioni comportamentali; ed infatti si abbandona, almeno in apparenza, la pretesa di valutare la liceità della condotta del sanitario alla luce di un determinato referente modale (sulla natura modale della regola cautelare, Sez. 4, n. 12478 del 19/11/2015 - dep. 24/03/2016, P.G. in proc. e altri in proc. Barberi e altri, Rv. 26781301); e si suggerisce al giudice di merito di interrogarsi se l'operatore risponde all'identikit del "*professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo ad una patologia*" (si parla, nella sentenza Cantoe, anche di "*terapeuta rispettoso delle 'istruzioni per l'uso' e tuttavia in colpa*").

Sancendo il divorzio - 'ontologico' - tra contenuto delle linee guida e regole cautelari restavano sul terreno alcuni interrogativi; ad esempio, esistono criteri in forza dei quali il sanitario può conoscere *ex ante* se l'osservanza di una linea guida lo pone al riparo dal rimprovero penale? Come può accadere che una linea guida sia adeguata alla specificità del caso concreto e tuttavia debba essere adattata ad esso? Quest'opera di adattamento è essa stessa governata da regole? Attraverso quale meccanismo le 'direttive' contenute nelle linee guida possono costituire il termine di riferimento per giudicare della colposità della condotta del medico? Come mai, se esse non contengono regole cautelari - perché dovendosi predicare la doverosità della loro disapplicazione ove richiesto dalla specificità del caso concreto, mancano della prescrittività che caratterizza quelle - pure vengono in gioco nella descrizione della condotta doverosa/cautelare?

Con l'avvento della legge Gelli-Bianco si è immediatamente aperto un contrasto giurisprudenziale in merito alla natura giuridica della nuova fattispecie e in ordine alla sua estensione. Contrasto risolto dalle Sezioni Unite con soluzioni che in questa sede non occorre rammentare. E' invece pertinente rilevare che nella sentenza Mariotti si registra un parziale cambio di direzione. Si afferma ancora che nelle linee guida sono contenuti "*indici cautelari di parametrizzazione*" per il giudizio penale; le si indica come "*parametro per l'esatta esecuzione delle prestazioni sanitarie*", per i medici e gli altri sanitari; si afferma che esse non hanno "*idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti*". Ma in un passaggio successivo si sostiene che sono "*parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia*". Epperò anche che "*non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci ... di generare colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto*". Ma infine: sono "*regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente*".



4.6. Ad avviso del Collegio, la chiarificazione della relazione che le linee guida intrattengono con le regole cautelari è di estrema importanza, per una pluralità di ragioni, che qui non è possibile analizzare.

Tuttavia, sia che si ritenga che le linee guida contengono mere raccomandazioni, dal contenuto generico e defettibile, che sta al sanitario valutare come adeguate al caso specifico e/o adattare alle particolarità dello stesso; sia che le si consideri strutturate in varia guisa e talvolta quindi come vere e proprie regole cautelari rigide, altre volte come vere e proprie regole cautelari elastiche, quel che viene implicitamente messo a fuoco è l'esistenza di uno spazio valutativo affidato per intero al sanitario, che in solitudine è chiamato a individuare l'agire doveroso.

Orbene, l'adempimento di questo dovere di riconoscimento della situazione di rischio e di individuazione della risposta cautelare più efficace, può risultare più o meno agevole; lo è in modo diverso a seconda che la raccomandazione/regola abbia carattere rigido e sia esaustiva o abbia carattere elastico, magari indicando presupposti definiti solo genericamente.

Non solo quindi l'oscurità del quadro clinico; ma anche la difficoltà del sanitario di riconoscere la situazione di rischio e individuare la misura da adottare per effetto della lacunosa positivizzazione.

Si tratta di un profilo che risulta già valorizzato in alcune pronunce di questa Corte. Si è scritto che "in tema di colpa specifica, nell'ipotesi della violazione di una norma cautelare c.d. "elastica" - che indica, cioè, un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti - è comunque necessario che l'imputazione soggettiva dell'evento avvenga attraverso un apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antiggiuridico da parte dall'agente modello (Sez. 4, n. 37606 del 06/07/2007 - dep. 12/10/2007, Rinaldi, Rv. 23705001); si è poi ribadito che "in tema di colpa specifica, nell'ipotesi della violazione di una norma cautelare cosiddetta "elastica" - che indica, cioè, un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti - è comunque necessario che l'imputazione soggettiva dell'evento avvenga attraverso un apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antiggiuridico da parte dall'agente modello (Sez. 4, n. 26239 del 19/03/2013 - dep. 14/06/2013, Gharby e altri, Rv. 25569501). Come si può osservare, la natura della regola è suscettibile di incidere sulla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

In conclusione, specificando ulteriormente: *"nell'apprezzamento del grado della colpa del sanitario, deve tenersi conto della natura della regola cautelare la cui inosservanza gli si rimprovera, avendo incidenza sulla maggior o minore esigibilità della condotta doverosa che egli possa limitarsi a conoscere la regola ed applicarla o, al contrario, sia chiamato a riconoscere previamente le condizioni che*



20

*permettono di individuare le direttive comportamentali, che rendono doverosa l'adozione della misura, che consentono di individuare quale misura adottare".*

5. Prima di concludere la definizione del quadro teorico che dovrà orientare il giudice del rinvio, occorre infine affrontare il tema degli errori cognitivi ai quali è esposto ogni decisore: il sanitario come il suo giudice.

Le neuroscienze hanno ormai accreditato la tesi della inclinazione della mente umana a variare il giudizio in merito al grado di prevedibilità di un evento infausto a seconda che si conosca o meno la sua verifica (cd. *hindsight bias*); e, inoltre, a considerare tanto più evitabile l'evento infausto quanto più questo è grave (cd. *outcome bias*).

E' necessario, pertanto, che il giudice si guardi dal rischio di concludere che la prevedibilità dell'evento era agevole all'imputato per effetto della distorsione cognitiva indotta dalla conoscenza della reale verifica dell'evento infausto.

In un simile giudizio, quando non risultino disponibili indiscusse massime di esperienza, può essere d'aiuto ricorrere al contributo di scienze che permettono di acquisire stime più oggettive, sulla base delle quali apprezzare l'esigibilità della previsione da parte dell'imputato.

Infine, occorre avere consapevolezza del rischio di determinare la gravità della colpa alla luce della gravità dell'evento determinatosi.

6. Calando le premesse sin qui delineate nel caso che occupa, non brevi ma necessarie per evidenziare l'assoluta inadeguatezza della motivazione oggetto di censura, va osservato quanto segue.

In primo luogo, la Corte di appello ha affasciato profili che vanno mantenuti distinti, incorrendo peraltro in un chiaro errore di diritto. In questo modo si è anche sottratta all'obbligo di rendere compiuta motivazione in merito alle ragioni che ha ritenuto decisive per il proprio giudizio.

Ha affermato, senza alcuna illustrazione delle ragioni del giudizio, che gli imputati si sono mossi fuori dalle linee guida accreditate; che in ogni caso, trattandosi di errori diagnostici, essi sono connotati da negligenza o imprudenza, e come tali non sono riconducibili all'area delle linee guida, le quali contengono regole attinenti esclusivamente alla perizia.

Si è già osservato come l'errore diagnostico sia considerato dalla giurisprudenza di legittimità effetto di imperizia; in ogni caso, alla luce di quanto si è sopra esposto, la classificazione avrebbe richiesto l'accertamento della natura dell'errore nel caso specifico, senza assumere generalizzazioni semplificatorie o eludere le necessità probatorie.



Si è poi rimarcato come la giurisprudenza di legittimità fosse giunta, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 590-sexies cod. pen., a riconoscere la varietà contenutistica delle linee guida, sì che non è legittimo asserire che da esse si ricavano regole di perizia piuttosto che di prudenza o di negligenza prima di un loro accurato esame. Nel caso del tutto omissivo.

La stessa affermazione secondo la quale gli imputati si sarebbero "mossi al di fuori delle linee guida accreditate" non è in alcun modo esplicita. Anzi, laddove la Corte di appello tratta del grado della colpa dell'Agnello, afferma trattarsi di colpa grave perché si è verificata *"una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento che prevedono l'ANGIO TAC ... o l'eventuale rachicentesi per documentare la presenza di sangue nel liquor in casi, come nella fattispecie l'esame, di particolari situazioni di Tac non dirimente ed in pazienti perfettamente vigili senza segni di massa o di ipertensione endocranica"*.

Delle due l'una: o l'Agnello non aveva conformato la propria condotta alle linee guida in parola, mentre avrebbe dovuto farlo; ma allora in nessun caso ha rilievo sul piano dell'*an* della responsabilità la misura della 'deviazione rispetto all'agire appropriato', che importa solo nel quadro di una possibile incidenza del grado della colpa. Oppure si era conformato ad esse ed allora risulta manifestamente contraddittorio asserire che gli imputati si erano mossi al di fuori delle linee guida accreditate. Per contro, trova senso la valutazione di "deviazione ragguardevole"; ma allora andava spiegato perché la si è ritenuta ragguardevole, esplicitando le ragioni per cui era agevole l'attuazione della indicazione (carattere rigido della regola, inequivocità dei dati fattuali assunti dalla stessa, etc.).

La identificazione della specifica forma di colpa è oltremodo incerta, quando non errata in diritto.

La Corte di appello ascrive all'Agnello "una mancata/errata diagnosi per la cattiva interpretazione e refertazione delle immagini" (ed anche, sembra di capire come conseguenza, "di non aver dato luogo ad un iter diagnostico - ... - con il conseguente disconoscimento della c.d. 'emorragia sentinella'"; questo secondo aspetto attiene alla catena causale e non al contenuto della condotta colposa dell'Agnello); è del tutto assente l'esplicitazione della causale dell'errore - se derivante da imperizia o da negligenza piuttosto che da imprudenza -; d'altronde non si legge, nelle sentenze di merito, alcun dato che attenga al contesto nel quale venne eseguito l'esame e rilasciata la diagnosi da parte dell'Agnello o in ordine all'esperienza dell'imputato. La stessa decisione di primo grado, dopo aver escluso che il d.l. n. 158/2012 dia rilievo alla negligenza o imprudenza, afferma che l'Agnello fu *"evidentemente negligente potendosi riscontrare una grave superficialità non rilevando alcuna differenza rispetto alle immagini relative"*



*all'esame effettuato la sera prima, quando invece era palese una evoluzione del sanguinamento in atto". Salvo poi aggiungere che "ciò porta a ritenere che egli, ..., non abbia evidentemente nemmeno visionato le immagini dell'esame effettuato dal collega...".* Ma tal ultima circostanza, invero decisiva per l'accertamento di una negligenza invece che di una imperizia, avrebbe dovuto essere dimostrata. In mancanza, la qualificazione in termini di negligenza resta affidata alla facilità dell'osservazione del sanguinamento; che di per sé non esclude la (grave) imperizia.

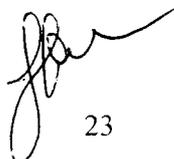
Si sostiene, da parte della Corte di appello, dapprima che per il perito Craparo l'emorragia sub aracnoidea al momento dell'esame eseguito dall'imputato era evidente, in quanto evidenziabile lo screscio ematico; poi si afferma che i sintomi patognomici erano "ampiamente manifesti", traendone il giudizio di gravità della colpa. Al contempo si è ascritto all'Agnello di non aver richiesto ulteriori esami onde appurare con certezza la presenza dell'emorragia; con ciò contraddicendo il giudizio di manifesta presenza del sanguinamento.

Si ascrive a "mancanza di diligenza e prudenza" l'errore commesso dall'Agnello, in ragione del fatto che il Caputo aveva richiesto un ulteriore esame per sciogliere ogni dubbio; ma non si spiega perché viene escluso che si fosse trattato di imperizia.

Si afferma che "vi è imperizia perché il mancato riconoscimento dell'ESA ha comportato un ritardo diagnostico e un ritardo terapeutico", adottando una nozione di imperizia del tutto estranea a quella comunemente riconosciuta, incentrata sui tratti della condotta e non sui suoi effetti. Altra lacuna ricorre nell'individuazione della negligenza, che viene colta nell'aver omesso di predisporre nuovi esami pur a fronte di due reperti Tac non dirimenti e di un quadro sintomatologico riconducibili ad ESA: in alcun modo in ciò vi è la caratterizzazione dell'errore come dovuto a trascuratezza piuttosto che a inadeguata applicazione tecnica.

Quanto alla Asaro, si afferma che la sua condotta fu connotata da superficialità e fretolosità, ma non si rendono conoscibili le premesse fattuali dalle quali si trae un simile giudizio; in sostanza la Corte di appello ha descritto la condotta ma non ha chiarito perché ha ritenuto che la stessa fosse dovuta a negligenza, oltre che a imperizia.

La gravità della colpa, poi, è stata affermata senza alcuna considerazione del grado di difficoltà del compito alla luce delle competenze della Asaro, quale medico di turno del pronto soccorso. Anzi, si è fatta trasparire la difficoltà della diagnosi, affermando tuttavia che essa non autorizzava scelte attendiste. Il che può avere un senso per non escludere la colpa, non per valutarne il grado.



1

Né simili decisive incongruenze risultano colmate dalla sentenza di primo grado, la quale ha ascritto alla Asaro di aver omesso di richiedere approfondimenti diagnostici, giudicando tale comportamento come dovuto a negligenza, senza però farsi carico della indicazione proveniente dal teste Carpinteri, dell'esistenza di un protocollo al quale si era rifatta la Asero e senza offrire alcuna spiegazione delle ragioni per le quali ha giudicato la colpa dell'imputata di grado grave.

Nel complesso, oltre alle rinvenute lacune e errate applicazioni di legge che attengono alla componente oggettiva del giudizio sul grado della colpa, vi è anche la totale pretermissione dell'indagine concernente i profili soggettivi della stessa.

7. A quanto sin qui osservato consegue l'annullamento della sentenza impugnata, senza rinvio agli effetti penali, perché il reato è estinto per prescrizione; nonché l'annullamento agli effetti civili, con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello. A questi va rimessa anche la regolamentazione tra le parti delle spese del presente giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

Annulla senza rinvio, agli effetti penali, la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione. Annulla la medesima sentenza agli effetti civili e rinvia al giudice civile competente per valore in grado di appello, cui rimette pure la regolamentazione delle spese tra le parti relativamente al presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11/2/2020.