

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche

Ciclo XXX

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G1

Settore Scientifico disciplinare: IUS 17

Il grado di colpa punibile. Un'indagine comparata con i sistemi
anglosassoni

Presentata da: Gian Marco Caletti

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Stefano Canestrari

Esame finale anno 2018

Il grado di colpa punibile. Un'indagine comparata con i sistemi anglosassoni

ABSTRACT

Nonostante sia tema “perennemente *de lege ferenda*”, la graduazione della colpa penale rimane, anche a discapito delle recenti riforme in materia di responsabilità sanitaria, uno dei temi aperti del diritto penale contemporaneo.

L’abbraccio “dogmatico”, che, quotidianamente, si verifica nelle aule di giustizia tra la colpa penale ed il suo equivalente civilistico, rende ormai ineludibile una riflessione sul modello di punibilità a tappeto della colpa lieve adottato dall’ordinamento italiano.

Il presente lavoro, allora, prende le mosse dalle recenti riforme italiane che avevano “promesso” un ripensamento della colpa in ambito sanitario, per rilevarne le criticità di fondo che hanno impedito il conseguimento degli intenti dichiarati.

L’attenzione viene poi rivolta alla comparazione e, nella specie, ai sistemi giuridici di *Common Law*, che prevedono un assetto della responsabilità per colpa del tutto peculiare rispetto a quello tipico degli ordinamenti continentali.

L’analisi, incentrata sulla giurisprudenza e la dottrina (principalmente inglesi, statunitensi e neozelandesi), offre indicazioni di estremo interesse per il *Civil Lawyer* che voglia approcciarsi all’“oscuro” tema del grado della colpa punibile.

Indice

I. Introduzione e premesse metodologiche	13
1.1. Introduzione: la punibilità “a tappeto” della colpa lieve	13
1.2. Due (breve) premesse metodologiche: l’“esplosione” del concetto unitario di colpa; la responsabilità sanitaria quale punto di vista privilegiato per la graduazione della colpa	15
1.3. Cenni introduttivi sul percorso seguito.....	16
II. La breve <i>Liaison</i> italiana con la colpa «non lieve». L’occasione persa della legge n. 24/2017.....	19
2.1. Le prime applicazioni di un grado di colpa qualificato in ambito medico. La “parabola” (o la “linea sinusoidale”?) dell’art. 2236 c.c.	19
2.2. Una conversione “a sorpresa”: il decreto “Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve nell’osservanza delle linee guida	25
2.2.1. Uno statuto “speciale” per la colpa medica? Questioni di legittimità costituzionale.....	31
2.2.2. <i>In culpa sine culpa?</i> Le ragioni dello scetticismo giurisprudenziale in materia di linee guida.....	36
2.2.3. (segue): Una parentesi. L’incerto statuto giuridico delle linee guida e la difficoltà di formalizzare le regole cautelari in ambito medico.....	46
2.2.4. La sentenza “Cantore” e la definizione delle ipotesi di colpa «non lieve».....	51
2.2.5. Tra preoccupazioni costituzionali, retaggi dell’art. 2236 c.c. e reazione alle linee guida “economicistiche”: la (letale) limitazione giurisprudenziale della disciplina di favore alla sola imperizia.....	59
2.2.6. Un «fragile equilibrio»: un bilancio (di commiato) dal decreto “Balduzzi”.....	65
2.3. L’attesa per la “riforma definitiva”: le “due” “Gelli-Bianco”	68
2.3.1. L’art. 590- <i>sexies</i> c.p. e la scomparsa della colpa grave.....	71
2.5.2. Ancora l’imperizia! Una panoramica sulle principali problematiche interpretative sollevate dal nuovo dato legale.....	76
2.5.3. La sentenza “De Luca-Tarabori”: il caso di un inedito “rimpianto” giurisprudenziale	80

2.5.4. (segue): Una proposta alternativa all'interpretazione della Corte per la sopravvivenza della colpa grave	85
2.5.5. Uno statuto "super speciale" per la colpa medica. L'improvvisa apertura della Cassazione alla non punibilità di ipotesi di colpa grave	89
2.5.6. Il lato migliore della "Gelli-Bianco": l'art. 16. Verso un cambio di mentalità?.....	92
2.6. Le prime conclusioni: la prevalenza delle linee guida e la fine della <i>Liaison</i> con la colpa grave	95
III. Una prima "escursione" comparatistica: il caso della Nuova Zelanda.	97
3.2. Dallo <i>Stephen's Code</i> del 1879 alla prima <i>Prosecution</i> del 1982	101
3.3. Alcuni casi	107
3.3.1. Yogasakaran: una tragica emergenza	107
3.3.2. (segue): alcune brevi considerazioni a margine del caso Yogasakaran	109
3.3.3. Mr Arnott, dentista (forse) negligente	115
3.3.4. Mai (af)fidarsi. Il caso del radiologo Morrison	117
3.4. Il punto sulle <i>Prosecutions</i> : dati statistici, cause ed effetti.....	118
3.5. (segue): Un caso esemplare di medicina difensiva.....	123
3.6. Il <i>New Zealand Medical Law Reform Group</i> e la riforma del 1997	125
3.7. Lo spazio libero dal diritto penale e le alternative all'incriminazione: tra procedimenti disciplinari e riabilitazione	128
3.8. Conclusioni. La "lezione" della Nuova Zelanda	133
IV. La difficile convivenza tra <i>Negligence</i> e <i>Criminal Law</i> . La colpa penale nelle giurisdizioni anglosassoni	149
4.1. Introduzione: verso uno <i>Standard Account</i> della responsabilità per reato involontario in tutti i Paesi anglosassoni	149
4.2. Alcune "istantanee" nella storia di una categoria controversa, la <i>Mens Rea</i>	154
4.3. Un dato di fondo del dibattito anglosassone sulla punibilità della colpa: la polemica sull'estraneità della <i>Negligence</i> dalla <i>Mens Rea</i> da Glanville Williams alla " <i>Exclusive Theory</i> "	165
4.4. Il temporaneo assorbimento della colpa incosciente nella <i>Recklessness. Caldwell vs. Cunningham</i>	172

4.5. H.L.A. Hart e Ashworth. Le prime aperture, filosofica e penalistica, ad una colpa di tipo normativo	178
4.6. Il ritorno inglese alla <i>Gross Negligence</i> : il superamento della <i>Caldwell Recklessness</i> e la sentenza <i>Adomako</i>	184
4.8. Sfumature dei diversi ordinamenti angloamericani in tema di “ <i>Culpable Carelessness</i> ”	193
4.8. <i>Can Negligence be Culpable?</i> Le più recenti teorie in tema di “ <i>Culpable Carelessness</i> ” e la costante ricerca di una giustificazione per punire la colpa.....	197
4.10. Il dibattito inglese sulla criminalizzazione dell’errore medico.....	202
4.10. Considerazioni sull’evoluzione della colpa inglese e direttrici di approfondimento.....	205
V. <i>Can (slight) Negligence be culpable?</i>	
Brevi riflessioni conclusive in termini di colpevolezza ed <i>extrema ratio</i> alla luce dell’esperienza anglosassone	207
5.1. Diario di bordo.....	207
5.2. Una possibile definizione di colpa grave. Alcuni tratti comuni tra <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i>	210
5.3. Tensioni tra colpa lieve e colpevolezza	218
5.4. Colpa lieve e dinamiche organizzative: <i>Medical or Managerial Manslaughter?</i>	219
5.5. Colpa lieve e “ <i>Moral Luck</i> ”	224
5.7. Colpa lieve e “ <i>Overcriminalization</i> ”	226
5.8. <i>Does (slight) Negligence deter?</i> Colpa lieve e deterrenza.....	227
5.9. Colpa lieve e <i>Principle of not criminalizing where this would be counter-productive</i>	228
Bibliografia	231

I. Introduzione e premesse metodologiche

1.1. *Introduzione: la punibilità “a tappeto” della colpa lieve* – **1.2.** *Due (brevi) premesse metodologiche: l’“esplosione” del concetto unitario di colpa; la responsabilità sanitaria quale punto di vista privilegiato per la graduazione della colpa* – **1.4.** *Cenni introduttivi sul percorso seguito.*

1.1. *Introduzione: la punibilità “a tappeto” della colpa lieve*

Non vi è trattazione (specie manualistica) della colpa penale che non prenda le mosse dalla constatazione che si tratti, ormai, di un criterio di imputazione dei reati tutt’altro che eccezionale¹.

Le esigenze di tutela della moderna “società del rischio”, infatti, hanno esteso a dismisura le ipotesi di responsabilità per colpa, affiancandole, perlomeno da un punto di vista statistico, a quelle dolose.

Parimenti, non vi è trattazione (specie monografica) della colpa penale che non prenda le mosse dalle “aporie” concettuali e dogmatiche che, nella prassi, ancora affliggono il suo accertamento².

La commistione che, con sempre maggiore frequenza, viene a crearsi tra funzioni della pena e finalità risarcitorie, pare aver deformato i tratti essenziali (e garantistici) della categoria penalistica, facendola assomigliare, ogni giorno che passa di più, al suo equivalente civilistico.

Del resto, il Codice penale non prevede – né sul piano quantitativo che qualitativo – una *forma* di colpa diversa da quella necessaria (e sufficiente) per affermare la responsabilità aquiliana o contrattuale.

¹ Per tutti, ad esempio, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, 549 ss.

² Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 3 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 4 ss.

Salvo sparute eccezioni³, infatti, il grado della colpa rileva solo in funzione del *quantum* della pena, *ex art.* 133 c.p. e non già sull'*an* della punibilità, con la conseguenza che può portare a responsabilità penale ogni ipotesi di colpa, anche lieve.

Questa *lievissima* soglia di imputazione soggettiva ha consentito le distorsioni applicative cui si è accennato ed, in particolare, una marcata “spersonalizzazione” dei paradigmi ascrittivi dell’illecito colposo⁴.

Non a caso, l’“antidoto” da sempre proposto da gran parte della dottrina italiana al fine di recuperare una responsabilità colposa che sia autenticamente “penale”, e non mera violazione di regole di cautela, consiste proprio nella previsione di un grado qualificato della stessa⁵.

Si tratta, come dimostrato anche dalle resistenze incontrate dal legislatore allorquando, nel 2012, quasi fortuitamente, ha selezionato la colpa penalmente rilevante in ambito sanitario, di un’operazione se non del tutto estranea alla nostra tradizione giuridica, quantomeno poco nota, specie in ambito pratico.

È per questo che il presente lavoro si propone di andare alla ricerca di una prospettiva radicalmente diversa del problema della graduazione della colpa,

³ Fa eccezione in questo senso il reato di bancarotta semplice, per il quale l’art. 217, comma 1, l. fall. prescrive che sia punito l’imprenditore, poi dichiarato fallito, che abbia «consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti» (n. 2); o «compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento» (n.3); o, infine, «aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa» (n.4). In argomento, S. CANESTRARI, *Rischio d’impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, 546 ss.;

⁴ Per tutti sul punto, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., *passim*, soprattutto 462 ss.

⁵ Con fisiologiche diversità di accenti, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 411; A. CADOPPI, *Mens Rea*, in *Digesto Pen.*, IV ed, Torino, 1993, 618 ss.; D. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529 ss.; F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, 22; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004; M.C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Ind. Pen.*, 1985, 31 ss. Per lavori spiccatamente in chiave comparata, R. WENIN, *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell’esperienza tedesca ed europea*, *Ind. Pen.*, 2005, 239; A.R. 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, 733 ss.

precisamente in quei sistemi – quelli di *Common Law* – nei quali è così marcata la diffidenza verso tale criterio di imputazione che, non di rado, ne viene messa in dubbio persino la legittimità della repressione delle sue forme più gravi.

L'indagine, visto il delicato compito cui aspira, non dedicherà un previo approfondimento alle già richiamate “aporie” in tema di colpa, che sono già state brillantemente messe a fuoco dalla dottrina recente, e saranno, pertanto, solo richiamate in vari momenti della trattazione relativa alle recentissime riforme italiane in materia di colpa in ambito sanitario.

Proprio a tal fine, quindi, è bene illustrare sin d'ora sinteticamente alcune scelte metodologiche.

1.2. Due (breve) premesse metodologiche: l'“esplosione” del concetto unitario di colpa; la responsabilità sanitaria quale punto di vista privilegiato per la graduazione della colpa

Risulta ormai quasi anacronistico fare riferimento ad un concetto unitario di colpa penale, giacché la sempre più marcata tendenza a livello legislativo è quella di una sua differenziazione a seconda del settore di rischio.

In questa prospettiva, si è assistito nel giro – all'incirca – di un anno ad una riforma (la 41/2016) in termini draconiani (e, in gran parte, irragionevoli) della criminalità stradale e ad una legge (la 24/2017) che, almeno nelle intenzioni, doveva depenalizzare quasi del tutto la *Malpractice* medica.

Tutto ciò dopo che, da diverso tempo, il settore della responsabilità per infortuni sul lavoro vive di un proprio collaudato microsistema normativo.

In questo contesto, del quale, come già detto per le “aporie”, si preferisce rimandare ad una più puntuale trattazione “*in Action*” (v. § 3.8), risulta complesso ragionare di graduazione della colpa in termini generali.

Per tale ragione, anche se l’auspicio nel lungo periodo sarebbe senz’altro quello di una complessiva depenalizzazione della colpa lieve, il punto di vista privilegiato dell’indagine sarà quello della responsabilità sanitaria.

Come noto, infatti, è stato proprio questo settore a dare, negli ultimi anni, importanti spunti per il dibattito sul ruolo e sulla legittimità costituzionale della colpa grave. D’altronde, per le ragioni che vedremo, è sempre stata la responsabilità del medico il *topos* per lo studio dell’argomento, sin da quando, negli Anni ’60, si estendeva ai processi penali la limitazione contenuta all’art. 2236 c.c.

Sono, ovviamente, gli aspetti che costituiranno l’inizio del prossimo capitolo. Per il momento pare opportuno notare come non si tratti di una peculiarità italiana. Anche nei sistemi anglosassoni la criminalizzazione dell’errore medico costituisce il banco di prova più tradizionale della *Gross Negligence*, il laboratorio nel quale, non di rado, si fronteggiano una dottrina oltremodo ostile alla colpa ed una giurisprudenza sensibile ad istanze di tutela dei beni giuridici.

Conviene, allora, spedire le ultime, fugaci parole introduttive per anticipare a grandi linee il percorso seguito.

1.3. *Cenni introduttivi sul percorso seguito.*

L’inevitabile punto di partenza è costituito dalle recenti riforme che, come già detto, hanno interessato l’ambito sanitario nella prospettiva di una riduzione dell’area del penalmente rilevante.

Il cammino verso la selezione delle sole ipotesi di colpa grave è stato tutt'altro che lineare, di talché l'indagine dovrà soffermarsi a lungo sulle criticità dei nuovi testi di legge, nonché sulle protagoniste inattese di tali riforme, le linee guida.

Alle inesattezze del percorso di affermazione della colpa grave nell'ordinamento italiano verrà contrapposto, nel terzo capitolo, un esempio virtuoso, quello della Nuova Zelanda.

Si tratta di un caso praticamente sconosciuto al dibattito italiano, ma, per molti anni, questa piccola giurisdizione è stata l'unica di *Common Law* ad adottare un grado "civilistico" di *Negligence*. Se ne osserveranno le ripercussioni specialmente in termini pratici, attraverso l'analisi di diversi casi controversi. Essi hanno riguardato soprattutto gli operatori sanitari, che sono stati le prime vittime della lieve soglia di imputazione.

Al termine della prima "escursione" comparatistica, sarà possibile anticipare qualche conclusione, che in linea di massima pare confortare quanto da tempo sostenuto dalla dottrina nostrana in tema di colpa grave e colpevolezza colposa.

Il terzo capitolo, invece, ricondurrà l'analisi nelle più tradizionali terre di Sua Maestà, per osservarne le tante particolarità nell'ambito dell'imputazione dei reati involontari. Il taglio della trattazione diverrà, in questo caso, meno pragmatica: ai casi verrà affiancata un'analisi del pensiero filosofico e dottrinale, imprescindibile per cogliere alcune di quelle che, agli occhi del *Civil Lawyer*, possono sembrare vere e proprie stranezze. Infine, i non univoci risultati dell'indagine sulla *Gross Negligence* verranno raccolti in un conclusivo capitolo, nel quale si darà conto di alcune costanti indicazioni che emergono dal mondo di *Common Law* e che potrebbero arricchire il dibattito italiano.

II. La breve *Liaison* italiana con la colpa «non lieve».

L'occasione persa della legge n. 24/2017

2.1. *Le prime applicazioni di un grado di colpa qualificato in ambito medico. La “parabola”(o “linea sinusoidale”?) dell’art. 2236 c.c.–* **2.2.** *Una conversione “a sorpresa”: il decreto “Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve nell’osservanza delle linee guida –* **2.2.1.** *Uno statuto “speciale” per la colpa medica? Questioni di legittimità costituzionale –* **2.2.2.** *In culpa sine culpa? Le ragioni dello scetticismo giurisprudenziale in materia di linee guida –* **2.2.3.** (segue): *Una parentesi. L’incerto statuto giuridico delle linee guida e la difficoltà di formalizzare le regole cautelari in ambito medico –* **2.2.4.** *La sentenza “Cantore” e la definizione delle ipotesi di colpa «non lieve» –* **2.2.5.** *Tra preoccupazioni costituzionali, retaggi dell’art. 2236 c.c. e reazione alle linee guida “economicistiche”: la (letale) limitazione giurisprudenziale della disciplina di favore alla sola imperizia –* **2.2.6.** *Un «fragile equilibrio»: un bilancio (di commiato) dal decreto “Balduzzi” –* **2.3.** *L’attesa per la “riforma definitiva”: le “due” “Gelli-Bianco” –* **2.3.1.** *L’art. 590-sexies c.p. e la scomparsa della colpa grave –* **2.3.2.** *Ancora l’imperizia! Una panoramica sulle principali problematiche interpretative sollevate dal nuovo dato legale –* **2.3.3.** *La sentenza “De Luca-Tarabori”: il caso di un inedito “rimpianto” giurisprudenziale –* **2.3.4.** (segue): *Una proposta alternativa all’interpretazione della Corte per la sopravvivenza della colpa grave –* **2.3.5.** *Uno statuto “super speciale” per la colpa medica. L’improvvisa apertura della Cassazione alla non punibilità di ipotesi di colpa grave –* **2.3.6.** *Il lato migliore della “Gelli-Bianco”: l’art. 16. Verso un cambio di mentalità? –* **2.4.** *Le prime conclusioni: la prevalenza delle linee guida e la fine della Liaison con la colpa grave. Un cammino ancora lungo.*

2.1. Le prime applicazioni di un grado di colpa qualificato in ambito medico. La “parabola” (o la “linea sinusoidale”?) dell’art. 2236 c.c.

Come si accennava in sede introduttiva, fatta eccezione per l'art. 217 l. fall., nel nostro ordinamento la previsione di un grado di colpa qualificato è, da sempre, associata all'attività medica. A ciò hanno certamente contribuito le recenti riforme, ma tale rapporto ha radici molto più antiche che, come si osserverà, hanno influito non poco anche sulle formulazioni e sulle interpretazioni delle nuove normative.

Agli inizi della metà del Secolo scorso – in coincidenza col momento forse più splendente della storia della medicina moderna, specie sul piano del prestigio dei suoi esponenti⁶ – la giurisprudenza, a fronte di un quadro normativo che non offriva ai giudici mezzi espliciti per legittimare pronunce di proscioglimento in favore dei sanitari che si fossero “macchiati” di una colpa (solo) lieve, ha diverse volte fatto riferimento alla norma civilistica contenuta nell'art. 2236 c.c.⁷, con l'intento (di per sé apprezzabile) di evitare l'applicazione di una pena al sanitario che, alle prese con «problemi tecnici di speciale difficoltà», avesse sì sbagliato, ma senza dar luogo a

⁶ Un grande classico sul tema è J. LE FANU, *The Rise & Fall of Modern Medicine*, Boston, Little Brown & Company, 1999, trad. it a cura di S. Galli, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005. Secondo l'Autore «a partire dalla metà del secolo scorso la medicina ha conseguito enormi progressi e oggi è in grado di combattere malattie un tempo ritenute incurabili. Eppure, nei suoi confronti si registra un crescente disagio: i pazienti hanno meno fiducia nei medici e sono sempre più in ansia per la propria salute; gli amministratori sono preoccupati per gli enormi costi dell'assistenza sanitaria; persino i medici sono meno sicuri di sé e meno soddisfatti della propria professione. Come spiegare questa coesistenza di efficacia e frustrazione? Il paradosso può essere illuminato grazie a una prospettiva storica, che consente di cogliere, in un significativo arco temporale, i pregi e i limiti della medicina. Tra il 1940 e il 1970 essa ha conosciuto una vera e propria “età aurea”. Gli antibiotici e gli antitumorali, il cortisone e gli antinfiammatori, la chirurgia a cuore aperto e i trapianti, e endoscopie e le tomografie: questi e altri straordinari successi, raggiunti nel giro di pochi decenni, hanno impresso nella mentalità comune l'immagine di una scienza destinata a un progresso indefinito. A uno sguardo più attento, il percorso della medicina moderna non appare come una retta ascendente, bensì come una parabola che, una volta raggiunto il culmine, si trova ora in una fase discendente, iniziata alla fine degli anni Settanta. Questo declino, e il disagio che da esso deriva, non riguarda solo un fisiologico calo nel ritmo delle scoperte e delle innovazioni: le sue ragioni sono complesse e intrecciano molteplici fattori, per esempio l'enfasi eccessiva sui risultati della nuova genetica o sulle cause sociali delle malattie, la spinta alla produzione di farmaci sempre nuovi e l'impiego di terapie sempre più dispendiose».

⁷ Tale articolo del c.c. tuttora prevede: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

macroscopiche violazioni cautelari. In questo modo, peraltro, si riteneva di allineare ragionevolmente il regime di responsabilità penale a quello civilistico, evitando cioè di applicare una sanzione penale laddove il legislatore esclude esplicitamente la responsabilità civile dello stesso soggetto⁸.

È così che, all'incirca fino alla metà degli anni '70, la giurisprudenza in materia di responsabilità medica si è attestata su posizioni di grande "comprensione": la colpa veniva affermata soltanto in frangenti del tutto residuali, connotati da errori talmente «*grossolani*» da risultare «assolutamente incompatibili con il minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica»⁹.

L'idillio non era destinato a durare per sempre. Una seconda fase – lo spartiacque può essere individuato nella nota sentenza della Corte costituzionale del 1973 che ha avallato il nuovo orientamento¹⁰ – è stata avviata dalla riflessione dottrinale che, pur non mettendo in discussione che il principio fissato dall'art. 2236 c.c. fosse suscettibile di essere esteso anche all'ambito della responsabilità penale, ha osservato come la limitazione di

⁸ Vi sarebbe, insomma, dietro l'applicazione dell'art. 2236 c.c. in sede penale anche l'esigenza di conformarsi al canone di *extrema ratio*, che impone che l'intervento dello strumento penale avvenga solo laddove sia strettamente necessario. Vi è grande ricchezza a livello bibliografico sul tema. Di recente, *ex multis*, G.P. DEMURO, "Ultima ratio": alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1660 ss.

⁹ Emblematica di questo orientamento Cass. pen. 6/3/1967, in *Cass. pen.*, 1968, 420 ss.

¹⁰ Si fa riferimento a Corte cost. 28/11/1973, n. 166, in *Giust. pen.*, 1974, I, 35. Sul punto, occorre rilevare che la Corte Costituzionale, chiamata a stabilire se tale orientamento fosse compatibile con il principio di uguaglianza, ha affermato che la richiamata deroga alla disciplina generale della responsabilità penale per colpa, nei casi previsti dalla disposizione di cui all'art. 2236 c.c., aveva una adeguata ragione d'essere, dovendo essere applicata solo ai casi in cui la prestazione professionale comportava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ed essendo contenuta entro il circoscritto tema della perizia. Per una ordinata suddivisione in fasi, nonché per ulteriori richiami bibliografici sull'argomento, A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, in particolare, 88 ss. e 182 ss.

Si noti la coincidenza temporale del suddetto mutamento di paradigma con la scansione in periodi di J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, cit., che individua l'inizio del declino proprio a partire dagli Anni '70.

responsabilità del professionista da esso prevista, collegandosi alla «soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», non potesse concernere tutte le diverse componenti della colpa, ma solo il profilo della “perizia” richiamato dall’art. 43 del codice penale¹¹. Da quel momento, dunque, il limite della colpa grave veniva riferito alla sola imperizia (in linea di massima: la forma di colpa derivante dalla violazione delle *leges artis*¹²), mentre rispetto alla negligenza e all’imprudenza si riteneva che la valutazione dell’attività del medico dovesse essere improntata a criteri di normale severità¹³.

Anche tale indirizzo è stato però messo in discussione, dapprima in dottrina¹⁴ e, successivamente, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha negato l’applicabilità del principio di cui all’art. 2236 c.c. al diritto penale, affermando che nella materia devono trovare esclusivo accoglimento gli ordinari criteri di valutazione della colpa di cui all’art. 43 c.p., secondo il parametro consueto dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*, arricchito dalle eventuali maggiori conoscenze dell’agente concreto¹⁵. La giurisprudenza successiva ha quindi costantemente rilevato che nella valutazione in ambito penale della colpa medica non trova applicazione la richiamata disciplina di favore di cui all’art. 2236 c.c. e la graduazione della

¹¹ Cfr. A. CRESPI, *La “colpa grave” nell’esercizio dell’attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss. Sulla (invero, complessa tutt’altro che unanime) definizione di cosa significhi “imperizia” si rimanda ai §§ 2.2.5. e 2.5.2.

¹² Come si darà meglio conto in seguito, è proprio la difficoltà a definire con precisione le ipotesi di imperizia in relazione ad imprudenza e negligenza a costituire il problema principale nell’utilizzo, in concreto, della tripartizione. Se nel caso dell’art. 2236 c.c., infatti, essa ha limitato la portata del criterio della colpa grave, con riguardo alle recenti riforme, la distinzione tradizionale ha di fatto paralizzato l’applicabilità delle nuove norme.

¹³ V. Cass. Sez. IV, 27/01/1984, n. 6650, Ricolizzi; Cass. Sez. IV, 25/05/1987, n. 9410, Tomei; a orientamento già superato, Cass. Sez. II, 23/08/1994, n. 11695, Leone.

¹⁴ Ampiamente sul punto, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss., in particolare, 401 ss.

¹⁵ V. Cass. Sez. IV, 2/06/1987, n. 11733, Fora Boschi; Cass. Sez. IV, 28/04/1994, n. 11007, Archilei.

colpa assume eventuale rilievo solo ai fini della determinazione della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p.¹⁶

La “chiusura” non è stata, tuttavia, così ermetica. In tempi recenti, qualche – a dire il vero, isolata – pronuncia della Quarta Sezione della Suprema Corte ha tentato di “rilanciare” l'art. 2236 c.c. in sede penale, utilizzando però una diversa prospettiva. Secondo questo orientamento, infatti, il criterio di affermazione della responsabilità civile del prestatore d'opera previsto dall'art. 2236 c.c. (la colpa grave) potrebbe continuare a dispiegare effetti nel giudizio penale, non tanto per effetto di un suo puro e diretto recepimento, quanto, piuttosto, «come *regola di esperienza* cui attenersi per valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà»¹⁷.

Questo principio che, forse anche per il più diffuso ricorrere del requisito della “speciale difficoltà”, ha trovato applicazione soprattutto in relazione a casi in cui l'imputato era un medico psichiatra¹⁸, è stato autorevolmente riaffermato dalla prima sentenza della Corte che si è pronunciata sulla recente riforma “Gelli-Bianco”¹⁹. Preso atto della pressoché inapplicabile formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., nonché della conclamata scomparsa

¹⁶ V. Cass. Sez. IV, 28/10/2008, n. 46412, Rv. 242251.

¹⁷ Corsivo di chi scrive. Così, letteralmente, Cass. pen., Sez. IV, 21/6/2007, n. 39592 (rel. Bartolomei, imp. Buggè), in *DeJure*. L'ideatore e principale sostenitore di questo filone giurisprudenziale è l'attuale Presidente della Quarta Sezione, Dott. Rocco Blaiotta. Si veda, ad esempio, Cass. Pen., Sez. IV, 1/2/2012, n. 4391 (Imp. D.L.M., Rel. Blaiotta), in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1104 ss., con nota di C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*. Si registrano, negli ultimi anni, affermazioni del principio anche da parte di altri Consiglieri della quarta (ad es., recentemente, Cass. Pen., Sez. IV, 19/11/2015, n. 12478, in *Foro it.*, 2017, 3, II, 149 ss., con nota di C. BRUSCO; Cass. Pen., Sez. IV, 23/5/2014, n. 36347, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1317 ss.), ma l'impatto per così dire “statistico” rimane, purtroppo, limitato specie se misurato sui dati riportati in C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2016.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 1/2/2012, n. 4391, cit. (alla nota precedente).

¹⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 7/6/2017 (ud. 20/5/2017), n. 28187, (Pres. ed Est. Blaiotta; Rel. ed Est. Montagni; Imp. De Luca; P.C. Tarabori), in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2017, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*.

della graduazione di colpa che aveva caratterizzato la precedente riforma “Balduzzi”, la sentenza – lo si vedrà meglio anche in seguito – ha “ricordato” agli interpreti la presenza nell’ordinamento dell’art. 2236 c.c., invitandoli a valorizzarlo nei casi di «speciale difficoltà», al fine di preservare, per quanto ridimensionato, uno spazio applicativo per il criterio di imputazione della colpa grave.

Tirando, brevemente, le fila del discorso. Ad un periodo di generale indulgenza e comprensione per l’errore medico – stagione nella quale, come visto, tale atteggiamento si è tradotto nella vitalità, anche nel sistema penale, della colpa grave nei casi di speciale difficoltà –, negli anni che hanno preceduto il nuovo millennio si è assistito, sotto più punti di vista²⁰, ad un inasprimento giurisprudenziale nei confronti degli operatori sanitari. In particolare, è indicativa dei mutamenti avvenuti negli anni la “parabola” vissuta dall’art. 2236 c.c. e dal grado di colpa ivi previsto, che da criterio (quasi) prevalente di imputazione in ambito sanitario è finita per essere relegata, peraltro solo in forza di una sorta di “stratagemma” (la “regola d’esperienza”), a risorsa del tutto residuale. Le recentissime riaffermazioni del principio contenuto nella norma civilistica, tuttavia, fanno pensare – o, quantomeno sperare – che più che di parabola possa parlarsi di “curva sinusoidale” e che la direzione attuale sia quella di una riscoperta del più benevolo criterio della colpa grave²¹.

²⁰ In parallelo al diradarsi dei riferimenti alla disciplina civilistica limitativa della responsabilità, la scena è stata segnata dagli orientamenti che ritenevano provata la causalità omissiva a fronte (anche solo) di una mera mancata diminuzione del rischio (invece che di un mancato impedimento dell’evento), così attraendo persino più del dovuto il sanitario nella “rete” della punibilità. Ciò almeno fino al 2002, quando sono intervenute le Sezioni unite penali della Cassazione con la nota sentenza “Franzese”, che ha contribuito a “stabilizzare” l’incriminazione dei sanitari. Cfr. Cass. pen., Sez. un., 10/7/2002, n. 30328 (rel. Canzio, imp. Franzese).

²¹ Si è espresso in questi termini ad un recente convegno sul tema, D. CASTRONUOVO, in *La responsabilità penale del medico dopo la riforma Gelli/Bianco*, Ferrara, 16 novembre 2017.

A tanto hanno fatto pensare soprattutto le recenti riforme in tema di responsabilità penale del medico ed in particolar modo, quella del 2012 che in modo del tutto inatteso ha riportato alla ribalta la graduazione della colpa.

2.2. Una conversione “a sorpresa”: il decreto “Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve nell’osservanza delle linee guida

Nel dicembre 2012, infatti, il legislatore ha riformato la colpa professionale del sanitario con il c.d. decreto “Balduzzi” poi convertito in legge n. 189/2012. La disciplina penale era contenuta all’art. 3 della legge, a norma del quale «l’ esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»²².

²² Tanti gli Autori che si sono misurati con le novità normative del 2012. Senza pretese di esaustività, per commenti analitici delle numerose problematiche sollevate dalla riforma: D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, n. 4, 73 ss.; A. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 1-2, 91 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.* (web), 1, 2014; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 822 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216 ss.; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, n. 4, 51 ss.; A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.; A.R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, cd. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 833 ss.; G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss. (del dattiloscritto); G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all’art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 276 ss.; 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, 564 ss.; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 I co. l. 8*

La nuova disciplina si presentava quantomeno come «laconica ed incompleta»²³ ed è stata, soprattutto inizialmente, accolta da un diffuso e comprensibile scetticismo, che è culminato persino in un'articolata eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano²⁴. Le innegabili difficoltà nella lettura del testo legislativo potevano essere addebitate essenzialmente a due ordini di ragioni.

La prima era da rintracciare nella sua genesi quasi “fortuita”. A differenza di quanto avvenuto per la più recente e più “ponderata” – anche se, come si osserverà, a posteriori ciò può apparire paradossale – riforma “Gelli-Bianco”, l'art. 3 della legge era «transitato in modo quasi accidentale» e del tutto improvviso da un piano squisitamente civilistico a quello della responsabilità penale²⁵. Le sembianze dell'art. 3, infatti, sono state

*novembre 2012 n. 189, in www.penalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012; S. GROSSO, I profili di interesse penalistico del “decreto Balduzzi” (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un'indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave; in *Leg. pen.*, 2013, 543 ss.; S. TORRACA, “Nuovi” confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 817 ss.; C. PEZZIMENTI, La responsabilità penale del medico tra linee guida e “colpa non lieve”: un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 311 ss.; L. NOCCO, Le linee guida e le “buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” nella “Legge Balduzzi”: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 781 ss. Sia infine consentito anche il rinvio a G.M. CALETTI, La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi, in *Penale contemporaneo, Riv. Trim.*, 2015, n. 1, 170 ss.*

²³ La norma è stata così definita nel § 3 della prima pronuncia della Cassazione che si è espressa in modo approfondito sulle questioni sollevate dalla riforma, vale a dirsi Cass. pen., Sez. IV, 29/1/2013, n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), in *Cass. pen.*, 2013, 2985 ss.

²⁴ Si veda Trib. Milano, Sez. IX (ord.), 21/3/2013 (est. Giordano), in www.penalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013, annotata da M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la “norma penale di favore” al giudizio della Corte Costituzionale.*

²⁵ Prestano particolare attenzione alla confusa ed estemporanea genesi della norma in esame C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 60; A. VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi”*, cit., 736; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 216, che nota altresì come la ragione principale che ha indotto la Commissione Giustizia ad apportare modifiche così penetranti alla prima versione della norma risieda in un'asserita violazione del principio di ragionevolezza, dal momento che, alla stregua di quanto stabilito dal Decreto, un sanitario avrebbe potuto essere considerato penalmente responsabile di un fatto, ma non anche civilmente obbligato al risarcimento dei danni da esso derivati (circostanza che si verificava, d'altronde, già nel periodo di esclusione dell'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla responsabilità penale).

radicalmente modificate in sede di conversione del Decreto, il quale, nell'originaria formulazione, disponeva che:

«fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale».

Il *novum* legislativo, inoltre, doveva parte della sua indecifrabilità anche alla insolita costruzione su due poli – la colpa grave (*rectius* «non lieve») e l'osservanza delle linee guida – che non erano mai venuti ad intersecarsi. Entrambe le tematiche erano note da tempo – la prima, in ambito medico, proprio per effetto del dibattito sviluppatosi sull'applicabilità in sede penale dell'art. 2236 c.c., la seconda in forza di una giurisprudenza ormai consolidata sul loro impiego nei giudizi penali per colpa medica²⁶ – ma mai, prima del 2012, esse erano state recepite a livello legislativo, tantomeno congiuntamente. Per la prima volta, dunque, il legislatore penale aveva ancorato espressamente la punibilità del medico al raggiungimento di un grado di colpa e al, contempo, per la prima volta, il legislatore penale aveva fatto espresso riferimento alle linee guida, ricollegando, per di più, alla loro osservanza un regime di imputazione nettamente più favorevole.

Il riconoscimento alle linee guida di un simile ruolo, di evidente centralità, nell'accertamento della configurabilità degli illeciti colposi dei professionisti sanitari, peraltro, non era in linea con la considerazione che di esse nutrivano (e nutrono) sia i giudici che gli stessi medici. Il dibattito, in corso da tempo, circa l'opportunità di “positivizzare” le regole cautelari nel settore sanitario, infatti, sembrava propendere la soluzione negativa, dimostrando come, tra tutti gli ambiti di operatività della colpa speciale o

²⁶ Una pregevole ricostruzione degli orientamenti della Cassazione in materia di linee guida appena prima dell'approvazione della legge “Balduzzi” è offerto da Cass. pen., Sez. IV, 19/9/2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), in *Dir. pen. e processo*, 2013, 191 ss., con nota di L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica*.

professionale, quello medico sia senz'altro il più restio a codificare le proprie *leges artis*²⁷.

Anche la colpa «non lieve» o grave, pur essendo, come detto, tema definito «perennemente *de lege ferenda*»²⁸, godeva, in un sistema che valorizza il grado della colpa solo sul piano del *quantum* e pressoché mai su quello dell'*an respondeatur*,²⁹ di un approfondimento estremamente limitato³⁰.

L'inaspettata intersezione di questi due profili problematici ha dato luogo a quello che, *prima facie*, somigliava ad un complesso «rompicapo interpretativo»³¹, del quale, non a caso, uno dei primi commenti ha proposto un'interpretazione di fatto abrogativa, giacché sarebbe impensabile che il sanitario possa versare in colpa (per di più grave) nel rispetto delle linee guida³².

È quindi vero che la norma, come riconosciuto persino dai suoi dichiarati sostenitori, non brilla(va) per chiarezza, ma – lo si avrà modo di apprezzare – fors'anche in modo fortuito, aveva colto alcuni aspetti già sedimentati nella letteratura e nella giurisprudenza relative alle linee guida e al grado di colpa punibile.

La «laconicità» e l'«incompletezza», invece, risultavano ancor “meno lievi” sotto un altro, diverso profilo: quello definitorio. In effetti, del dato legale

²⁷ Sul punto, F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1063. Approfondimenti sulla questione verranno svolti anche nei paragrafi successivi.

²⁸ Espressione utilizzata da M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 221 ss., e ripresa, in riferimento al tema del grado della colpa, da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529.

²⁹ Le uniche eccezioni, fino alla conversione in legge del “Decreto Sanità”, come si è accennato, erano costituite dalla bancarotta semplice prevista dall'art. 217, comma 1, n. 2 e 3, della legge fallimentare e la contravvenzione “dispersa” all'art. 64 c.p.c., sulla responsabilità del consulente tecnico.

³⁰ La stessa sentenza “Cantore” (Cass. pen., Sez. IV, 29/1/2013, n. 16237, imp. Cantore, rel. Blaiotta, cit.) che, per prima, ha provato a sviscerare il tema, ha definito la definizione di una linea di confine tra i due gradi come il profilo più «oscuro» dell'intera disciplina. Il solo studio ad oggi interamente incentrato sull'argomento rimane T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 819 ss.

³¹ La definizione è di F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 e 833.

³² Ci si riferisce a P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit.

balza subito all'occhio la sua "essenzialità". Non vi si trovavano definizioni – né di cosa si intendesse per linee guida e buone pratiche, né di quando fosse "lieve" la colpa, né di chi fosse l'esercente la professione sanitaria – e, soprattutto, non vi erano complesse "architetture" normative che mirassero alla creazione di un sistema di accreditamento formale delle linee guida (che sono, invece, presenti eccome nella "Gelli-Bianco").

Per un testo che differenziava il grado della colpa punibile a seconda dell'osservanza o meno delle direttive codificate nelle linee guida, è sembrata particolarmente problematica proprio la assenza di una precisa individuazione di quali linee guida potessero, se rispettate, giustificare il regime di imputazione più favorevole. L'art. 3, infatti, si limitava a richiedere che esse fossero «accreditate dalla comunità scientifica», aprendo così, in linea teorica, a tutto il "*mare magnum*" delle linee guida esistenti³³.

³³ Il fenomeno della "sovraproduzione" delle linee guida era ben noto alla dottrina che se n'era occupata anche prima della riforma. A livello medico legale, cfr. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 891 ss.; V. FINESCHI, P. FRATI, *Linee guida: a double edge sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 665 ss.; E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 189 ss. Tra i penalisti, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 167 ss.; D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 971 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012; M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 875 ss.; P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 285 ss.

Il successo riscosso dallo strumento, infatti, ha indotto tutti i protagonisti del mondo sanitario (associazioni scientifiche nazionali e internazionali, case farmaceutiche, compagnie assicurative, rappresentanti dei pazienti, amministratori di aziende sanitarie, persino singoli reparti ospedalieri) a formulare i propri suggerimenti di comportamento clinico. Due le immediate conseguenze della "sovraproduzione" di linee guida sottolineate in letteratura. Anzitutto, quello che era nato come uno strumento di semplificazione dell'accesso alla conoscenza rischia di tramutarsi in un fattore di complicazione, costringendo il curante a confrontarsi con una pluralità di testi, dei quali alcuni anche in contraddizione tra loro. Il coinvolgimento di soggetti portatori di differenti interessi nella redazione delle linee guida, inoltre, fa sì che l'obiettivo di migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria non sia più lo scopo esclusivo delle stesse. Ed anzi, già da diversi

Sul piano pratico, ne è conseguito che il vaglio circa l'affidabilità terapeutica delle linee guida invocate a propria difesa dal sanitario è stato effettuato, volta per volta, dal Giudice con la necessaria mediazione dell'esperto. Al giudicante e al suo perito veniva dunque anche richiesto di valutare in concreto il grado di consenso riscosso nella letteratura di riferimento dal percorso terapeutico suggerito nelle linee guida³⁴. All'interno di tale "mare magnum", per di più senza indicazioni precise, il giudice non poteva evidentemente "navigare" in modo autonomo, ma doveva affidarsi al perito, l'unico "nocchiere" in grado di indicare quali linee guida fossero effettivamente "accreditate" e quali, al contrario, fossero da ritenersi scientificamente infondate³⁵.

anni negli Stati Uniti viene sottolineato come, per una sorta di "eterogenesi dei fini", la tutela della salute dei pazienti occupi ormai solamente il terzo posto nella classifica delle finalità perseguite dalle linee guida, preceduta dal contenimento della spesa sanitaria e dalla prevenzione di controversie giudiziarie. Entrambe queste criticità erano acuite dalla formulazione dell'art. 3 della "Balduzzi" e, segnatamente, dalla mancata individuazione delle linee guida rilevanti.

³⁴ In termini simili si è espressa anche la sentenza "Cantore" § 8: «anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, le sue veste istituzionali, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. (...) Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione rapportando le linee guida e le pratiche terapeutiche all'accreditamento presso la comunità scientifica. Il terapeuta, dunque, potrà invocare il nuovo, favorevole parametro di valutazione della sua condotta professionale solo se si sia attenuto a direttive solidamente fondate e come tali riconosciute». V. Cass. pen., Sez. IV, 29/1/2013, n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), cit.

³⁵ Un accertamento della colpa penale fondato sulle linee guida, quindi, non affranca il giudice dal suo perito. Anzi, se il riferimento alle raccomandazioni cliniche è generico come quello contenuto nell'art. 3, il ruolo dell'esperto nel processo penale esce addirittura rafforzato. Sul punto, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 177; che, rifacendosi all'esempio americano, sottolinea: «si è appurato che l'uso delle linee-guida non diminuisce affatto la necessità di ricorrere a periti (*medical experts*), i quali continuano a svolgere un ruolo da protagonisti nelle aule di giustizia dove si discute di *malpractice*». In effetti, parte della dottrina aveva auspicato che alla tendenza verso la positivizzazione delle regole cautelari corrispondesse un consistente ridimensionamento del ruolo dei periti, troppo spesso assunti a veri e propri arbitri del processo penale per *medical malpractice*. Cfr. G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3 ss.; P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 298. Più in generale, sul ruolo dei periti nel processo penale per colpa medica, C. CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Medicina e diritto penale*, cit.,

Tutti questi profili di criticità a livello definitivo erano stati valorizzati nella eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano³⁶, le cui obiezioni sono, tuttavia, rimaste “silenti”. Da una parte, la Consulta ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile a causa dell’omessa motivazione in punto di rilevanza da parte del giudice *a quo*³⁷; dall’altra, la questione pare ormai superata, dal momento che la riforma del 2017 ha dedicato diverse parti dell’articolato all’esatta individuazione delle linee guida rilevanti.

Non era però questo l’unico profilo di “tensione” tra l’art. 3 della riforma del 2012 e la Carta Costituzionale individuato dal Tribunale milanese. La questione sollevata, invero, si incentrava soprattutto sull’opportunità della previsione di una norma di favore dedicata soltanto alla classe medica.

2.2.1. *Uno statuto “speciale” per la colpa medica? Questioni di legittimità costituzionale*

Lo scetticismo che ha investito la riforma “Balduzzi” ha fatto sì che ne venisse messa in discussione persino l’idea di fondo, quella di prevedere una riduzione del perimetro della tipicità colposa in ambito sanitario³⁸.

335 ss. Interessanti spunti comparatistici con l’esperienza dei paesi anglosassoni invece in A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario, passim*.

In effetti, di questi aspetti pare aver preso atto anche il legislatore nell’ultimo intervento normativo, legge “Gelli-Bianco”, all’art. 15, laddove è prevista la nomina di due esperti.

³⁶ V. Trib. Milano, Sez. IX (ord.), 21/3/2013 (est. Giordano), cit.

³⁷ V. Corte Cost., ord. 2-12-2013, n. 295, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2013, commentata da G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*.

³⁸ In effetti, la dottrina assolutamente prevalente, rifacendosi all’ormai acquisita concezione per la quale la colpa agirebbe anche sul piano del *Tatbestand* (su questo, per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^a ed., München, 1997, 920) ha subito inquadrato la nuova disciplina in termini di *abolitio criminis* parziale. *Ex multis*, A. MANNA, *Medicina*

Anche sul punto, la nuova disposizione è stata oggetto di decise censure, peraltro di segno diametralmente opposto.

Da un lato, nell'eccezione di illegittimità costituzionale del Tribunale di Milano veniva lamentato un vuoto di tutela della persona offesa con riferimento a beni di altissimo valore quali la vita e la salute. Dall'altro lato, la nuova disciplina, rivolgendosi alla sola classe medica, è stata accusata di prevedere un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altri settori della responsabilità colposa al contrario, per esempio, di quanto stabilito dall'art. 2236 c.c., la cui limitazione di responsabilità per colpa grave, giustificata dalla speciale difficoltà del caso, riguarda(va) tutti i prestatori d'opera e non solo coloro che «indossano il camice»³⁹.

Entrambe le obiezioni mosse alla norma – sulle quali, come per quelle sulla indeterminatezza dovuta alla mancata individuazione delle linee guida, la Corte non è mai giunta a pronunciarsi – non convincono appieno.

Quanto alla prima, emergeva da essa il «nucleo assiologico» dell'approccio del Tribunale di Milano, consistente in «una valutazione negativa della nuova norma in quanto restrizione della tutela penale: di per sé censurabile indipendentemente dagli asseriti difetti tecnici del modo in cui è stata articolata»⁴⁰. Al proposito è stato osservato come la Corte Costituzionale italiana ritenga costantemente inammissibili le questioni di legittimità volte ad ampliare i confini di fattispecie di reato. Un simile indirizzo, a giudizio della migliore dottrina, costituirebbe un corollario del principio di legalità, il

difensiva, cit., 166 ss. Per la giurisprudenza, invece, è bene riferirsi ancora alla sentenza “Cantore”, annotata con precipuo riguardo a questi profili da G.L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, www.penalecontemporaneo.it, 4 febbraio 2013.

³⁹ In dottrina, in questo senso, A. MANNA, *nuovi profili della colpa medica*, cit., 97 ss.; ID, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 192, secondo il quale «nonostante il deficit interpretativo segnalato, siamo persuasi che la *ratio legis* sia nella sostanza condivisibile, nel senso che appare fondato limitare la rilevanza penale nell'ambito del trattamento medico-chirurgico alla sola colpa grave», ma tale restrizione della responsabilità colposa dovrebbe valere anche per le altre figure professionali. Similmente C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 67.

⁴⁰ Citazione testuale da D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 74.

quale, affidando le scelte di penalizzazione al legislatore, implica che la tutela dei beni giuridici sia sì condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione⁴¹. Per quanto, invece, attiene al secondo profilo di criticità, la previsione di un'esimente riferita esclusivamente agli esercenti la professione sanitaria appare compatibile (e giustificabile) con il carattere del tutto peculiare dell'*ars medica*⁴². In proposito, sembra condivisibile il punto di vista di un'Autrice che ritiene «le difficoltà tecniche nella progettazione di un ponte, di una centrale nucleare o di un'astronave possano anche essere maggiori quantitativamente, ma che siano qualitativamente diverse da quelle che si incontrano nel settore medico. Se infatti nel primo caso si avrà a che fare con complesse nozioni e leggi della fisica (difficili da possedere e da usare,

⁴¹ Sulla questione D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 484 ss. In questa direzione già F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Milano, 1997, 1475 ss., che notava altresì come: «la scelta tra le forme di tutela per gli interessi costituzionalmente più significativi dipende da diversi fattori. Anzitutto non è solo determinante il tipo di interesse, ma anche la tipologia delle aggressioni al medesimo: per le ipotesi di aggressioni meno rilevanti o pericolose ad interessi caratterizzati come sopra, il legislatore potrà propendere per forme di tutela extra penale».

⁴² O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 6. Sostanzialmente concorde anche G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. BARTOLI (a cura di) *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 177, il quale riconosce come la responsabilità penale delle attività mediche metta alla prova le categorie fondamentali del diritto penale, «e ciò sino al punto di indurre a chiedersi se le tradizionali elaborazioni concettuali debbano essere rivedute o, piuttosto, rimpiazzate da impostazioni teoriche e soluzioni legislative più al passo coi tempi». *Contra* tuttavia diversi Autori come A. MANNA, *Medicina difensiva*, cit., 188; che ritiene plausibile che l'art. 3 della Legge Balduzzi possa dare vita a “un privilegio odioso” per i medici, aderendo alle autorevoli opinioni espresse, in riferimento alla limitazione per colpa grave prevista nel Progetto del Centro Studi Federico Stella, da M. ROMANO nella “tavola rotonda” riportata in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 123-124, secondo cui : «Non sarei sicuro, infatti che il significato sociale dell'attività medica sia a tal punto peculiare, rispetto ad altre, da legittimare, in tema di responsabilità per colpa, questa sola eccezione. (...) Non sarei sicuro che altre attività di oggi e di ieri – come stare alla cloche di un aereo passeggeri o inchiodati per ore agli schermi radar di una torre di controllo o ai monitor di una centrale nucleare, o come anche costruire un grattacielo, o un chilometrico ponte sul mare – non abbiano un comparabile significato sociale e non implicino a loro volta rischi altrettanto gravi per la vita o l'incolumità delle persone».

ma) che (comunque) consentono ad un agente modello di avvicinare, a date condizioni, standard di certezza, non altrettanto accade nel secondo caso, dove il sostrato empirico è diverso. In materia sanitaria è la casualità della biologia a rivelarsi – come noto – incoercibile e a precludere, su un piano ontologico, prognosi esatte, al di là della perizia e delle conoscenze del sanitario»⁴³.

La medicina, infatti, si occupa del “più complesso degli organismi” e, secondo una efficace definizione, non affronta «malattie, ma malati»⁴⁴. In concreto, nel giudizio sulla colpa ciò si riflette nel carattere “improprio” – già in una prospettiva *ex ante* – della quasi totalità delle regole cautelari presenti nel settore sanitario, con la conseguenza che ancorché il medico le osservi puntualmente, non è sicura l’efficacia impeditiva dell’esito infausto⁴⁵. Ma ciò, a ben vedere, si ripercuote anche sui tentativi di un’esaustiva codificazione delle *leges artis* che, connotate da “strumentalità alternativa”, «lungi dal consacrare la normatività della colpa», lasciano comunque vivo un patologico, cronico, ineliminabile e, per certi versi, «inquietante» spazio per la colpa generica⁴⁶.

In definitiva, tra le due declinazioni astrattamente ipotizzabili per l’introduzione del limite della colpa grave nell’ordinamento – la prima consistente nel ricorso alla colpa qualificata come criterio ordinario, accanto al dolo, quale criterio di imputazione ordinario per i delitti; la seconda invece, individuabile nella previsione di singole ipotesi punibili soltanto se

⁴³ Così testualmente O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 6.

⁴⁴ Espressione di R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, cit., 73 ss. L’assoluta peculiarità della scienza medica aveva indotto anche a proporre una riforma *ad hoc* della causalità. Sul punto, F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., 1062.

⁴⁵ In argomento, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 101; D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in S. CANESTRARI, P. FANTINI (a cura di), *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità dell’attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, 33 ss.

⁴⁶ La definizione di “inquietante” si deve alla sentenza “Cantore”.

realizzate con (dolo o) colpa grave, eventualmente selezionate in rapporto a specifici settori di responsabilità – il legislatore, in occasione della legge “Balduzzi”, ha evidentemente optato per quest’ultima⁴⁷. Ed ha iniziato a “sperimentare” proprio partendo da quello che, da sempre e non a caso, costituisce il “*topos*” per lo studio della colpa grave, la responsabilità medica, prevedendone – come sarà dato apprezzare – uno spazio applicativo tutto sommato ristretto⁴⁸ e limitando la restrizione di responsabilità al medico che, ossequioso delle linee guida, si mostrasse informato e “attento” alla miglior scienza del momento⁴⁹.

Alla legge “Balduzzi” può sin d’ora essere attribuito un merito, quello, cioè, di aver stimolato una profonda riflessione sulla soglia di criminalizzazione dell’errore medico. Quando, cinque anni più tardi, è stata approvata la “riforma della riforma”, vale a dirsi la l. n. 24/2017, nota come “Gelli-Bianco”, le perplessità sull’opportunità di prevedere un regime speciale per la colpa in ambito sanitario hanno lasciato il campo, su tutti i livelli (politico, dottrinale, persino giurisprudenziale), a critiche sull’efficacia di

⁴⁷ Prospetta in questi termini le due soluzioni D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 556.

⁴⁸ Ciò emerge in particolare anche dall’analisi della giurisprudenza immediatamente successiva all’introduzione della Legge Balduzzi. Quasi tutte le sentenze infatti tendevano a negare l’applicazione della nuova norma negando che nel caso di specie vi fosse stata osservanza delle linee guida. Emblematiche sono le sentenze Cass. pen., Sez. IV, 11/3/2014, n. 15495, (rel. Montagni), in *Guida. Dir.*, 2014, n. 25, 84 ss.; Cass. pen., Sez. V, 13/2/2014, n. 11804, (rel. Fumo), in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2014 con nota di PIRAS, *Ennesimo no al salvagente della colpa lieve per il medico che naviga fuori rotta*.

⁴⁹ A chi fa notare come almeno l’art. 2236 facesse riferimento ai soli casi di “speciale difficoltà”, sembra potersi rispondere che, in definitiva, anche i casi in cui il medico deve discostarsi, in ragione delle peculiarità della specifica situazione clinica, dalle linee guida che tracciano il percorso terapeutico ideale per la patologia di cui è affetto il paziente, non appartengono certamente alla sfera dei casi banali. Più ampiamente sulla questione, G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 10, 1376 ss. Su posizioni non dissimili, E. PALERMO FABRIS, *La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2017, 2, 220.

una normativa che tutti auspicavano più incisiva quanto alla delimitazione dell'area di rilevanza penale⁵⁰.

Come si è detto, tuttavia, la colpa “non lieve” non era la protagonista assoluta della riforma del 2012, giacché il suo operare era condizionato all'osservanza da parte del sanitario di linee guida accreditate dalla comunità scientifica. Sembra allora il caso di meglio individuare i (ristretti) margini applicativi dei quali ha potuto giovare, tra il 2012 ed il 2017, la graduazione della colpa. Per farlo occorre “immergersi” per qualche pagina nel “*mare magnum*” delle *Guidelines*.

2.2.2. In culpa sine culpa? *Le ragioni dello scetticismo giurisprudenziale in materia di linee guida*

Tra le reazioni che hanno seguito la prima introduzione di una soglia di colpa qualificata per la rilevanza penale dell'errore medico da parte dell'art. 3 del decreto “Balduzzi”, oltre alle adombrate incompatibilità costituzionali della nuova norma, va annoverata anche una lettura del tutto radicale e dai riflessi sostanzialmente “abrogativi” della riforma, ben sintetizzata dalla icastica espressione “*in culpa sine culpa*”⁵¹.

Con tale rilievo si è imputato all'art. 3 la previsione di una «contraddizione in termini», consistente nel lasciare sopravvivere all'osservanza delle linee guida una responsabilità per colpa, sia essa lieve o grave, quando le prescrizioni in esse contenute costituiscono «un collaudato standard di

⁵⁰ Sulla recente riforma, sia consentito, per il momento, il rinvio soltanto a G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, 84 ss.

⁵¹ Si tratta dell'obiezione formulata da P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 1 ss.

perizia e, conseguentemente, chi vi si attiene agisce peritamente, agisce senza colpa»⁵².

Tale obiezione, a ben vedere, ignorando di proposito lo sviluppo della giurisprudenza di legittimità in materia di linee guida fino a quel momento, non coglieva nel segno ed è stata considerata alla stregua di una spregiudicata provocazione.

Come accennato, anche prima della recente “ribalta” legislativa, infatti, le *Guidelines* avevano trovato spazio nei giudizi penali per responsabilità medica, convogliatevi dai periti, che spesso avevano intravisto nelle raccomandazioni cliniche un affidabile parametro sulla base del quale valutare la liceità della condotta del sanitario imputato.

Proprio per questa loro vocazione ad incarnare uno *standard* virtuoso, le linee guida risultano essere state valorizzate tanto in chiave accusatoria (“*inculpatory way*”), qualora il medico non vi si fosse attenuto e da tale immotivato scostamento fosse derivato un esito infausto, quanto in chiave disculpante (“*exculpatory way*”), nei casi in cui, invece, il sanitario avesse dimostrato di aver perfettamente osservato le prescrizioni cliniche e, ciononostante, l’evento si fosse ugualmente verificato. Non a caso, l’immagine che più di ogni altra è stata richiamata per descrivere l’impatto delle linee guida sull’accertamento di responsabilità – sia civile che penale – è quella di “un’arma a doppio taglio” (l’anglosassone “*double-edged sword*”)⁵³.

Nello specifico, una breve rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione penale precedente alla riforma “Balduzzi” permette di distinguere quattro differenti modalità con cui le linee guida sono state utilizzate per affermare o negare la sussistenza di una responsabilità colposa⁵⁴.

⁵² Cfr. P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 2.

⁵³ *Ex multis*, V. FINESCHI, P. FRATI, *Linee guida: a double-edged sword. Riflessioni medicolegali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 665 ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit., 178.

⁵⁴ Cfr. M. CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., 900. A livello giurisprudenziale, invece, un’articolata retrospettiva di tutti gli orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza

Si tratta di “paradigmi” generali che, al netto di quanto si osserverà sul merito delle nuove riforme, possono essere considerati, ancora oggi, tendenzialmente validi.

Una prima ipotesi è quella in cui il sanitario si discosti senza ragioni dalle linee guida che avrebbe dovuto osservare in relazione alla patologia presentata dal paziente. È il caso, ad esempio, dello psichiatra che sospende o riduce le dosi dei farmaci al paziente affetto da schizofrenia, poi autore di un’aggressione mortale nei confronti dell’operatore che lo accudiva, senza osservare le linee guida che prescrivono riduzioni graduali della terapia farmacologica⁵⁵; ma anche del sanitario che sbaglia la diagnosi per aver omesso un accertamento prescritto dai suggerimenti clinici⁵⁶. In simili frangenti il giudice, coadiuvato dal suo perito, rinviene la regola cautelare violata dal medico nelle direttive cliniche codificate che, pertanto, assumono una fondamentale valenza in ottica accusatoria.

Nel secondo degli scenari configurabili nella giurisprudenza di legittimità, invece, la terapia si conclude con esito infausto nonostante la perfetta adesione del curante alle linee guida di riferimento. Laddove non emergano aspetti peculiari del caso concreto che avrebbero richiesto una condotta alternativa a quella suggerita dalle linee guida, il comportamento ad esse conforme tenuto dal medico non può essere giudicato colposo. Emblematica di questo secondo orientamento è la sentenza della Cassazione “Duce”, con la quale la Suprema Corte ha confermato l’assoluzione da parte dei giudici di merito di un’*équipe* medica che, sulla scorta di quanto previsto dalle linee guida dettate da un autorevolissimo trattato di cardiologia statunitense, definito in modo altisonante la «Bibbia dei cardiologi mondiali», aveva sospeso l’assunzione di farmaci anticoagulanti in prossimità di un intervento di colecistectomia⁵⁷.

A fronte di questi due indirizzi giurisprudenziali che, pur di segno opposto, fondano il giudizio di colpa sul rispetto o meno da parte del medico delle linee guida, ve ne sono altri due che, al contrario, prescindono da esso, negando la validità di qualsiasi equazione tra osservanza o inosservanza delle *Guidelines* ed esonero o affermazione della responsabilità.

Passando in rassegna le sentenze della Corte, infatti, ci si imbatte con assiduità anche in sanitari che si sono attenuti alle linee guida e, tuttavia, sono stati giudicati colpevoli. In questi casi l’adesione alle raccomandazioni si è rivelata così «rigida e cieca» che è ha finito per sostituirsi all’alternativa clinicamente più appropriata alle peculiarità presentate dallo specifico paziente. L’esame della complessiva situazione avrebbe dovuto consigliare al medico di rinunciare al formale rispetto delle *Guidelines* per adeguarsi, apportando qualche

della Cassazione è stata svolta dall’ultima sentenza in materia di linee guida prima dell’approvazione della legge “Balduzzi”, vale a dirsi la già citata Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit.

⁵⁵ V. Cass. pen., Sez. IV, 14/11/2007, n. 10795 (imp. Pozzi), in *Cass. pen.*, 2008, 4622 ss.

⁵⁶ Si fa riferimento alla vicenda esaminata in Cass. pen., Sez. IV, 12/7/2011, n. 34729, in *Cass. pen.*, 2011, 665 ss.

⁵⁷ V. Cass. pen., Sez. IV, 2/3/2007, n. 19354, in *Dejure*. In senso conforme anche Cass. pen., Sez. IV, 8/6/2006, n. 24400, (imp. Cardillo).

accorgimento al percorso ideale in esse tracciato, alle specifiche necessità sollevate dal caso concreto⁵⁸.

La relatività del percorso terapeutico intrapreso in ossequio alle linee guida è confermata dall'ultimo genere di casistica che si incontra nella giurisprudenza di legittimità, vale a dirsi quella in cui il medico sia esonerato da responsabilità nonostante – o, meglio, proprio in ragione – dell'inosservanza dei suggerimenti codificati⁵⁹.

Dalla analisi dei paradigmi secondo i quali le linee guida agiscono nel giudizio di colpa è possibile trarre la seguente indicazione di carattere generale: nel valutare la rilevanza delle linee guida non sono ammessi automatismi, né in chiave accusatoria né in chiave di esonero da responsabilità. «L'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida – in altri termini – non esclude né determina automaticamente la colpa»⁶⁰, giacché discostarsi o conformarsi alle linee guida integra una scelta del medico che il giudice reputa di per sé sola insufficiente per pervenire a un verdetto di esonero o di affermazione della responsabilità.

Ora, quanto appena evidenziato circa il carattere non esaustivo e non vincolante dei suggerimenti clinici rivela come il paradosso dell'*in culpa sine culpa* sia, in realtà, solo apparente, ben potendosi configurare una colpa anche nella più stretta osservanza delle linee guida⁶¹.

⁵⁸ Risponde dunque «di omicidio colposo il cardiologo, che attesti l'idoneità alla pratica sportiva di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologica (nella specie "cardiomiopatia ipertrofica"), non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali di secondo livello che, ancorché non richiesti dai protocolli medici, dovevano ritenersi necessari in presenza di anomalie del tracciato elettrocardiografico desumibili dagli esami di primo livello» (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5/6/2009, n. 38154, (imp. Ronzoni), in *Cass. pen.*, 2011, 2570 ss. Si vedano altresì, Cass. pen., Sez. IV, 18-2-2010, n. 10454, (imp. Cordone, rel. Piccialli), in *Guida dir.*, 2010, 15, 87. Sulla stessa linea anche la nota sentenza "Grassini", Cass. pen., Sez. IV, 23/11/2010, n. 8254, (imp. Grassini), in *Cass. pen.*, 2012, 542 ss.

⁵⁹ Su questa linea Cass. pen., Sez. V, 28/6/2011, n. 33136, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 275 ss.

⁶⁰ V. Cass. pen., Sez. IV, 19/9/2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 194.

⁶¹ Così la quasi totalità della dottrina, in particolare F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 833. Occorre però un'ulteriore precisazione. Se è vero che – così argomentano i sostenitori dell'*in culpa sine culpa* – il medico non solo può, ma deve anche discostarsi dai protocolli allorché ne colga la necessità, non essendo seriamente pensabile che la singolare condizione di ogni paziente sia sempre riconducibile alle prescrizioni di riferimento, non può dirsi che il medico si sia attenuto alle linee guida quando ha osservato i suggerimenti terapeutici relativi a una situazione clinica macroscopicamente (colpa grave) diversa da quella effettivamente presentata dal malato (Cfr. P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; sul

È in questo quadro giurisprudenziale che va, dunque, inquadrata il decreto “Balduzzi”, che ha inteso predisporre un trattamento sanzionatorio più mite proprio per le ipotesi di colpa residuali rispetto all’osservanza delle linee guida. Secondo le medesime coordinate si è mossa anche la più recente riforma, l. n. 24/2017, che prende in esame i casi di imperizia maturati nel “rispetto” di linee guida adeguate al caso specifico.

A ben vedere, questo *trend* legislativo appare distonico rispetto alla giurisprudenza, la quale, come emerso in questo breve resoconto, si è sempre approcciata con grande scetticismo alle linee guida, circondando di mille ulteriori *cautele* l’accertamento della colpa su di esse fondato.

Sembra allora il caso di meglio approfondire questi aspetti e, segnatamente, le ragioni di una così marcata – ma, forse, non infondata – “diffidenza” nello strumento da parte della Corte di legittimità.

a) La “natura” delle linee guida e le differenze con i protocolli

Una prima ragione del “relativismo” giurisprudenziale sulla affidabilità delle linee guida nell’individuazione della colpa medica, d’altronde, sembra ravvisabile partendo dalla stessa natura delle *Guidelines*, nonché delle *leges artis* mediche che esse tentano di “formalizzare”.

Come in parte già illustrato, la disciplina offerta dalle linee guida si limita a proporre un «percorso terapeutico ideale» e si pone per lo più come un

punto condiviso da C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 64.). Questa ulteriore obiezione, però, si pone da un angolo di visuale influenzato e inquinato dal “senno del poi”, giacché «ove si rifugga l’insight bias e si tenga presente che il giudizio sulla colpa dovrebbe conservare la sua caratterizzazione prognostica, si potrebbe affermare che il medico vada scusato nei casi in cui, pur avendo osservato le cautele che *ex ante* gli apparivano doverose (siano o meno positivizzate), tali cautele non si siano verificate *ex post* sufficienti ad evitare l’evento avverso per circostanze di fatto a lui non imputabili» (citazione testuale di O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 21). In altre parole, la patologia su cui calibrare le linee guida disculpanti, nell’ottica di un giudizio di colpa di tipo prognostico, non è quella di cui era effettivamente affetto il paziente, bensì quella che tutti gli elementi a disposizione del sanitario avrebbero indotto a individuare in una prospettiva *ex ante*.

insieme di indicazioni di massima che, per definizione, sono insufficienti ad abbracciare l'intera varietà della casistica clinica⁶². Ne consegue che i “suggerimenti” da esse evincibili presentano un carattere non esaustivo, che risente della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica ed, anzi, ad essa deve essere adeguato volta per volta⁶³.

È anche per questo che la medicina ha iniziato ad affiancare alle linee guida, ormai diffusissime, anche altri nuovi e diversi strumenti, come SCAMPS e *Bundles*, che, in qualche misura, provano a rinnovare le linee guida in una prospettiva “personalizzata” e ad anticipare le problematiche di adeguamento delle stesse rispetto a casi clinici particolari⁶⁴.

In effetti, sul piano della vincolatività, sembra doversi distinguere tra le linee guida ed altri strumenti messi a disposizione dall'EBM, quali i protocolli e le *checklists*. Essi, solitamente – e diversamente dalle linee guida – presentano un carattere più rigido e inflessibile: non il «percorso terapeutico ideale» costruito su suggerimenti da adeguare al caso concreto e dal valore solo tendenziale delle *Guidelines*, ma una serie di istruzioni di comportamento terapeutico-diagnostico che descrivono le procedure da seguire nel tassativo ordine da essi prescritto in relazione a determinati casi clinici⁶⁵.

Spesso, tra linee guida e protocolli non sarebbe ravvisabile una cesura. Al contrario, questi ultimi costituirebbero un “naturale sviluppo” delle linee

⁶² Secondo la nota definizione dell'autorevole *Institute of Medicine*, le linee guida costituiscono «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche» (v. J. FIELD, K.N LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992, 35).

⁶³ Così A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 20.

⁶⁴ Sui cd. “*Bundles*”, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 62 ss.; sugli SCAMPS, C. SCORRETTI, *Il perché di questo seminario sulle linee guida*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, raccolta degli atti di un Convegno tenutosi a Trieste, in www.quotidianosanità.it, 12 gennaio 2017.

⁶⁵ Si veda M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 907.

guida, da una parte, specificandone attraverso precise indicazioni terapeutiche il noto grado di indeterminatezza, dall'altra, invece, prescrivendo alcune cautele procedurali, spesso anche molto concrete, volte ad evitare che l'evento avverso si verifichi per una dimenticanza ("negligenza") o una scelta avventata ("imprudenza") del medico⁶⁶.

Nel caso dei protocolli, peraltro, sarebbe difficilmente riproponibile l'atteggiamento relativistico che si è messo in luce con riguardo alle linee guida, dal momento che, assunto il loro carattere rigido e imperativo, risulta quasi impensabile ipotizzare una colpa in capo al sanitario che si sia scrupolosamente attenuto alle dettagliate istruzioni ivi contenute. Viceversa, sembra ancor più difficile, qualora qualcosa sia andato storto, non farne una colpa al sanitario che non si è attenuto all'analitica procedura descritta nei protocolli o nelle *checklists*⁶⁷.

Sembra però il caso di precisare un altro profilo, che permette di meglio calibrare il discorso circa la vincolatività delle linee guida. All'interno del *genus* "Linee guida" è dato distinguere tra diversi livelli di evidenza scientifica delle stesse, ognuno dei quali corrisponde ad una "Classe di raccomandazione". Si tratta di una distinzione nota tra i medici, ma che, da

⁶⁶ In questo senso, C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 270. Osserveremo, poi, come le richiamate categorie della "negligenza" e dell'"imprudenza" ricoprono un ruolo essenziale nella formulazione della nuova disciplina introdotta dalla "Gelli-Bianco", per lo più in chiave limitativa dell'operatività della disciplina.

⁶⁷ Cfr. A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, cit., 224. Negli stessi termini, pur non in relazione alla Legge Balduzzi, anche D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1758, secondo il quale «la possibilità di uno "scarto" tra modello e soggetto, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza, sarà inversamente proporzionale, senza annullarsi del tutto, al grado di complessità organizzativa dell'attività svolta in concreto, nonché alla presenza di protocolli procedurali sufficientemente rigidi». Oltretutto, come nota M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 922, protocolli e *checklist* non sono mai animati da fini di contenimento della spesa pubblica, non venendo mai, dunque, ad affievolire la propria natura esclusivamente cautelare.

Peraltro, parte della dottrina aveva provato a "recuperare" i protocolli nell'ambito della legge "Balduzzi", anche se non ivi direttamente richiamati, associandoli alle "buone pratiche". Per un quadro del dibattito dottrinale, G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit. 186 ss.

quanto risulta, raramente ha fatto breccia in testi giuridici (se non medico-legali)⁶⁸.

Ebbene, tali classi vanno dalla Classe I, che ricomprende i suggerimenti clinici “fortemente raccomandabili”, quelli la cui validità scientifica è stata comprovata al massimo grado e vi è assoluta concordanza tra gli studiosi circa la loro efficacia, ad una Classe III, che ospita terapie e procedure universalmente riconosciute come sbagliate se non dannose, quindi da evitare. Quanto a tassatività, le linee guida di Prima Classe si avvicinano alla vera e propria cogenza, di talché il medico che non osserva una linea guida di quella classe dovrà in qualche modo giustificare la propria scelta. Se quasi tutte le linee guida fossero annoverabili in Classe I, allora sarebbe, forse, ammissibile un diverso orientamento giurisprudenziale diretto a riconoscerne una valenza sempre (e automaticamente) incolpante o disculpante. Peccato che la maggior parte delle linee guida sia collocata nel “limbo” della Classe II, quella dove regna maggiore incertezza scientifica⁶⁹.

b) Il principio di libertà di cura del medico

Sotto un diverso angolo di osservazione, peraltro, l’attribuzione alle linee guida di un carattere vincolante mal si concilierebbe con il principio di libertà di cura da parte del medico, consacrato in via principale dagli artt. 9 e 33 della Costituzione, ma anche dai Codici deontologici⁷⁰. In questa prospettiva la diffidenza giurisprudenziale è condivisa dagli stessi sanitari, che vedono svilita la propria autonomia professionale dal (tendenziale) obbligo di conformarsi alle indicazioni scritte⁷¹.

In effetti, anche in occasione delle recenti riforme, da più parti è stato segnalato il rischio di una “burocratizzazione” dell’attività medica, contesto

⁶⁸ Alcune considerazioni di questo genere si ritrovano solo nel lavoro monografico di A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit. 62 ss.

⁶⁹ Sull’argomento, C. SCORRETTI, *Il perché di questo seminario sulle linee guida*, in *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali* cit.

⁷⁰ V. Cass. pen., Sez. IV, 8-2-2001, n. 2865 (imp. Bizzarri), in *Riv. pen.*, 2002, 353. Più in generale, sulla libertà e l’autonomia del medico invece F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 667 ss.

⁷¹ In tema, F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., 1063 ss.

nel quale il massiccio ricorso alle linee guida costituirebbe uno dei fattori di mutamento della stessa medicina, sempre più lontana dalla sua primordiale natura di arte e sempre più vicina ad una tecnica, da svolgersi secondo procedure standardizzate⁷².

Oltretutto, l'incentivo utilizzato dal legislatore per indurre gli esercenti la professione sanitaria ad osservare le linee guida – la non punibilità – potrebbe, nel caso di automatica esenzione da responsabilità in caso di rispetto delle linee guida, incentivare pratiche difensive. Già prima delle recenti innovazioni normative, talvolta, accadeva che i sanitari, a seguito di un danno riportato dal paziente affidato in cura, andassero a “rovistare” nel *mare magnum* delle linee guida per rinvenire quelle che, in sede processuale, scagionavano la strategia terapeutica (c.d. “scelta postuma”)⁷³.

c) Il timore che dietro le linee guida si nascondano finalità economiche: le Guidelines accusate di «cinismo e pigrizia»

Un'altra ragione che possiamo collocare alla base del “relativismo” con cui la giurisprudenza è solita approcciarsi alla valutazione in ambito penale delle linee guida attiene alle finalità delle stesse. Come noto, da sempre le linee guida sono intrecciate “a doppio filo” con il risparmio di spesa. Esse, infatti, non si limitano a fornire le raccomandazioni più *appropriate* da un punto di vista terapeutico, ma, non di rado, suggeriscono le modalità di cura che si dimostrano più *appropriate* anche a livello economico. Chiaramente, nel già evocato “*mare magnum*” delle linee guida esistenti, alla cui

⁷² Approfonditamente, su questi aspetti, I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, in *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali*, cit. Adombra il possibile conflitto tra il principio di libertà delle cure e la riforma “Gelli-Bianco” E. PALERMO FABRIS, *La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina*, cit., 218. Mostra attenzione a questi profili, P.F. POLI, *Il D.d.l Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017, 67 ss.

⁷³ Dedicata particolare attenzione al fenomeno, PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 4.

creazione hanno contribuito, appunto, anche soggetti non del tutto “disinteressati”, si possono trovare più gradi di coabitazione tra misura cautelare ed istanze di contenimento della spesa nella stessa direttiva clinica. Vi sono linee guida nelle quali ad un indiscusso contenuto cautelare viene fusa una componente di ottimizzazione delle risorse e altre in cui a “farla da padrone” è, invece, l’esigenza economica, al punto da farle entrare in contrasto con la sicurezza del malato⁷⁴.

Il rifiuto di ogni equazione tra responsabilità e rispetto delle linee guida sembra, allora, altresì fondata sul “timore” da parte dei giudicanti di “discolpare” condotte prescritte dalle linee guida non nella prospettiva della miglior cura del paziente, ma col fine principale di razionalizzare le risorse a disposizione⁷⁵.

Se quest’attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità è, sotto certi profili, certamente encomiabile, tuttavia, va segnalato come, spesso, essa sia trascesa in un atteggiamento “prevenuto” nei confronti delle linee guida, definite «ciniche e pigre» anche in casi cui il *rationale* economico non era affatto in collisione con la tutela della salute del paziente⁷⁶.

Proprio la vicenda esaminata nel caso “Grassini”, dalla quale è tratta la definizione ora riportata delle linee guida come «ciniche e pigre», sembra ben esemplificativa di come tali “timori” possano, talvolta, sfociare in una criminalizzazione di condotte non colpose⁷⁷.

Il processo riguardava il decesso di un paziente che, dimesso dopo nove giorni di ricovero per un infarto miocardico, veniva colpito da un nuovo attacco di fibrillazione, rivelatosi poi fatale, la sera stessa delle dimissioni dall’ospedale. Il medico curante aveva addotto a propria

⁷⁴ La letteratura sul punto risulta davvero vasta. *Ex multis*, M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell’esercizio della pratica clinica*, cit., 891 ss.

⁷⁵ Ciò avviene tanto più in un sistema che valorizza le linee guida senza però “controllarle” previamente, come nel caso della riforma “Balduzzi”.

⁷⁶ Per un maggiore approfondimento di questo carattere delle linee guida e delle sue implicazioni nell’accertamento della colpa, sia consentito il rinvio a G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., 183 e ss.

⁷⁷ V. Cass. pen., Sez. IV, 23/11/2010, n. 8254 (rel. Foti, imp. Grassini), in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1223 ss., con nota di F. CONSORTE, *Colpa e linee guida*, 1227 ss.

difesa le linee guida della struttura, che prevedevano la dimissione del paziente allorché si fosse raggiunta la stabilizzazione del quadro clinico, come effettivamente verificatosi, e non vi fossero indici obiettivamente contrari alla dimissione.

L'annullamento della sentenza della Corte d'Appello appare fondata, posto che già sul piano della prevedibilità dell'evento il curante appariva esente da colpa, su una radicata diffidenza nei confronti delle linee guida. La Corte si è mostrata ancorata a una netta contrapposizione dicotomica tra la tutela della salute e le esigenze gestionali, quando, al contrario, le linee guida invocate a sua difesa dal curante fondevano profili cautelari (l'attesa di un quadro clinico "stabilizzato") ed evidenti finalità organizzative (le dimissioni di un paziente ormai fuori pericolo per liberare un posto di ricovero).

2.2.3. (segue): *Una parentesi. L'incerto statuto giuridico delle linee guida e la difficoltà di formalizzare le regole cautelari in ambito medico*

È bene, per un attimo, tirare le fila del discorso.

Da un punto di vista strettamente penalistico, l'aspetto più positivo della diffusione delle linee guida avrebbe dovuto consistere nella progressiva codificazione delle *leges artis* in ambito medicale⁷⁸. In fondo, è proprio questa una delle finalità primarie delle riforme "Balduzzi" e "Gelli-Bianco":

⁷⁸ In questo senso, *ex multis*, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 3; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., 285 e ss. Sui vantaggi che generalmente derivano dalla tipizzazione delle regole cautelari si vedano le osservazioni di D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 514 ss. Si esprime in termini più prudenti invece, S. CANESTRARI, *La colpa*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2013, vol II, 148, il quale mette in guardia, in modo condivisibile, dagli aspetti più deteriori di un'eccessiva standardizzazione delle regole cautelari nel settore sanitario. Come meglio si approfondirà nei paragrafi successivi e in particolare in quello relativo all'impatto delle linee guida sulla teoria della colpa, d'altronde, appare pressoché impossibile raggiungere in ambito sanitario quella "standardizzazione" delle regole cautelari proprie di altri settori della responsabilità colposa. La responsabilità del medico, infatti, per dirla con F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., 825, è un mondo «molto popolato e concorrenziale» di regole cautelari, giacché risulta estremamente difficile e, per certi versi inopportuna, una eccessiva positivizzazione delle stesse.

quella di garantire una determinatezza e tassatività dell'illecito colposo in ambito sanitario e, pertanto, di riflesso, una maggiore prevedibilità nella affermazione o negazione della colpa medica⁷⁹.

Quest'ambizioso obiettivo non può che richiamare alla mente il dibattito sulla natura specifica o generica della colpa fondata sulla violazione delle linee guida; dibattito che, a dire il vero, sembra impegnare quasi esclusivamente la dottrina, divisa tra chi sostiene la possibilità di inquadrare le *Guidelines* tra le "discipline" di cui all'art. 43 c.p.⁸⁰, chi invece le ritiene regole cautelari proprie della colpa generica⁸¹ e chi, infine, le considera "fonti di cognizione" delle *leges artis*⁸².

Sul punto la giurisprudenza, probabilmente in virtù della rilevanza pressoché solo "classificatoria" della questione, non ha ancora profuso grandi energie, limitandosi ad affermare che «le linee guida e i protocolli, proprio in ragione della peculiarità dell'attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)»⁸³.

L'incertezza sul loro statuto giuridico, ad ogni modo, non incide sul grado di vincolatività e tassatività delle prescrizioni cliniche, il cui rispetto, come già esaminato, raramente assume una valenza certamente liberatoria per l'operatore sanitario. Anche dando seguito alle impostazioni teoriche che intravedono nelle *Guidelines* fonti scritte su cui edificare un rimprovero a

⁷⁹ Come noto, la giurisprudenza della Corte EDU in materia di determinatezza e tassatività della fattispecie tende ad appiattare sul concetto, proprio di derivazione anglosassone, della prevedibilità della decisione giudiziaria. Sul tema, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016. In senso critico su questa "svolta", recentemente, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017. Sull'art. 7 Cedu e la sua interpretazione da parte della Corte, V. MANES, *Commento all'art. 7, § 1, cedu*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 278 ss.

⁸⁰ Di quest'opinione P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 178; P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, cit., 289; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 274.

⁸¹ Così A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009.

⁸² V. D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., 974.

⁸³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 195.

In realtà il dibattito dottrinale si estende ancora più "a monte", ovvero alla questione se le linee guida costituiscono o meno regole di cautela.

titolo di colpa specifica, infatti, prima di giungere con sicurezza ad un esonero da responsabilità permane pur sempre una valutazione circa l'eventuale sussistenza di una colpa generica⁸⁴. Nel caso delle linee guida, per di più, a richiedere un ulteriore vaglio sulla generica diligenza del medico calibrata sulle peculiarità della concreta situazione clinica è proprio il loro già più volte rimarcato carattere di meri “suggerimenti” e non di «ordini calati dall'alto, categorici e definitivi»⁸⁵, cui non si può fare a meno di riconoscere una struttura “elastica”⁸⁶.

Questa tendenza, particolarmente marcata in ambito sanitario, all'“eterno ritorno” nell'alveo della colpa generica, connotata dal consueto *deficit* di tassatività e determinatezza, presenta riflessi pratici di fondamentale importanza.

Seguendo questa impostazione, in definitiva, nel giudizio per colpa medica l'“ultima parola” finisce per rimanere nella disponibilità del giudice – e del suo perito il cui ruolo, lungi dall'essere ridimensionato dal ricorso alle linee guida, risulta ancora (e forse persino più) decisivo⁸⁷ – secondo una valutazione che, fondata su un indeterminato agente modello (sempre disponibile ad incarnare uno *standard* più elevato) e sui giudizi di evitabilità e prevedibilità (spesso inquinati dal “senno del poi”), presenta ineliminabili caratteri di discrezionalità⁸⁸.

⁸⁴ Il dato della sopravvivenza di un residuo “spazio” della colpa generica anche nel caso di osservanza dei precetti di colpa specifica risulta pacificamente acquisito dalla teoria del reato colposo: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 314 ss.; per la manualistica S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 429.

⁸⁵ Si esprime in questi termini M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, cit., 891.

⁸⁶ Così M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, cit., 894.

⁸⁷ Per approfondimenti bibliografici sul punto si rinvia a quelli contenuti nella nota 35.

⁸⁸ Di quest'avviso O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 11. Come peraltro ammesso dalla stessa giurisprudenza di legittimità: «le linee guida non eliminano neanche la discrezionalità insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigessero una condotta diversa da quella prescritta nelle linee guida stesse». V. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, (imp. Ingrassia, rel. Piccialli), cit., 195.

Una simile presa di posizione, tuttavia, se ha avuto il pregio di offrire una massima protezione del paziente, sia sul piano terapeutico, riducendone i rischi, sia su quello della tutela giudiziaria, ha al contrario comportato un'eccessiva dilatazione della responsabilità colposa del sanitario⁸⁹. Muovendosi in un terreno costituito solo da regole cautelari aperte e indeterminate, infatti, il Giudice può sempre individuarne una "ulteriore" che, se correttamente osservata, avrebbe potuto impedire l'evento, con la conseguenza che, alle volte, risultano penalmente illecite anche condotte tecnicamente ineccepibili ma da cui sia derivato un esito infausto⁹⁰. L'obbligo cautelare, in altre parole, finisce per essere ricostruito *ex post*, ragionando con il "senno di poi" (c.d. *Hindsight bias*), e la responsabilità colposa viene affermata attraverso lo «specchio deformante» dell'evento⁹¹. A ben vedere, tuttavia, lo scenario appena descritto – caratterizzato da un accertamento della colpa medica fondato sulla colpa generica – sembra inevitabile se si pone mente alle peculiarità della stessa arte medica. Essa, infatti, come è già stato osservato, opera sul «più complesso degli organismi», che, per di più, è sempre diverso, da persona a persona, da malato a malato⁹².

Di talché, avviare un processo di standardizzazione delle regole dell'arte in ambito sanitario costituisce senz'altro uno sforzo apprezzabile e dai molti risvolti positivi. Tuttavia, come emerge da questo primo sguardo di insieme, si tratta anche di un'operazione ricca di insidie, che, anche prescindendo dalle novità introdotte dalla legge "Balduzzi" e dalla successiva legge

⁸⁹ Sugli effetti collaterali di una colpa medica non standardizzata, A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 59 ss. Sul punto anche G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., 183 ss.

⁹⁰ Cfr. F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, cit., 1064.

⁹¹ Cfr. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 3; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 61; O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 78.

⁹² Aspetti sottolineati, oltre che dagli Autori citati nelle pagine che precedono, anche da M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2001, 635.

“Gelli-Bianco”, difficilmente pare poter dare adeguata risposta alle problematiche e alle istanze maturate nel dibattito dottrinale sulla responsabilità medica e, segnatamente, all’esigenza di rendere più determinato, tassativo e, quindi, prevedibile l’accertamento giudiziale della colpa medica.

Si badi: non vi è, da parte di chi scrive, alcun pregiudizio nei confronti delle linee guida⁹³. Dalle divagazione sulle linee guida contenute nei paragrafi che precedono, però, si ritiene che, in virtù delle loro peculiarità, a ben vedere derivanti dalla medicina, esse non possano ontologicamente essere gravate dei compiti loro assegnate dal legislatore. Non è in discussione, in altre parole, la loro utilità sul piano epistemologico, quanto la possibilità di affidare loro un ruolo centrale nella determinazione della responsabilità penale.

Allo stesso tempo, le motivazioni che rendono pressoché impossibile positivizzare in modo efficace le regole dell’arte medica sono le medesime che renderebbero meno sgradevole un regime differenziato per i medici (si sarà notata, del resto, la coincidenza tra le argomentazioni delle ultime pagine con quelle già spese nel § 2.2.1).

È per queste ragioni che, tra i due poli su cui si incentrava la legge “Balduzzi” (le linee guida e la colpa non lieve), entrambi facenti capo a finalità legislative diverse (conferire maggiore determinatezza e tassatività all’accertamento della colpa in ambito sanitario, escogitare un meccanismo frenante ad una giurisprudenza assestata su posizioni di grande rigorismo), quello che, al netto delle difficoltà applicative, sembrava poter conseguire lo scopo al quale era preposto era senza dubbio la graduazione della colpa. Vediamo, allora, di abbassare la lente di ingrandimento proprio sulla colpa grave, all’uopo giovandoci dell’analisi della pronuncia della Cassazione

⁹³ Ed anzi, si era addirittura prospettato, in sede di commento della legge “Balduzzi” di poter ritenere rilevanti ai fini della graduazione della colpa le linee guida che mischiassero all’esigenza cautelare anche finalità (non prevaricanti la prima) di razionalizzazione delle risorse. V. G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico*, cit., 183 ss.

che, ancora oggi, costituisce la più lucida espressione giurisprudenziale sull'argomento, "Cantore"⁹⁴.

2.2.4. *La sentenza "Cantore" e la definizione delle ipotesi di colpa «non lieve»*

a) Oltre che per lo sforzo ermeneutico sul grado della colpa penale, tale sentenza è stata fondamentale nell'interpretazione del nebuloso art. 3 del decreto "Balduzzi", del quale ha chiarito con autorevolezza e rigore interpretativo molti aspetti – il ruolo non "automatico" delle linee guida, il superamento dell'ossimorica opzione ermeneutica dell'*in culpa sine culpa*, i possibili risvolti positivi dell'introduzione nell'ordinamento di un grado qualificato di colpa – e, soprattutto, ha circoscritto con esattezza il perimetro applicativo.

Per prima cosa, la Corte, subito dopo aver premesso il proprio atteggiamento costruttivo nei confronti della riforma («piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni»), ha affrontato di petto la questione dell'*in culpa siene culpa* sottolineando, in perfetta continuità con la giurisprudenza "pre-Balduzzi", il ruolo «non meccanicistico» delle linee guida (§ 9):

⁹⁴ Cass. pen., Sez. IV, 29/1/2013, n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), cit. La sentenza, data la sua rilevanza è stata annotata da più Autori: C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2099 ss.; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2013; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012. I primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 696 ss. Ad ogni modo, "Cantore" non è la prima pronuncia successiva all'introduzione del *novum* legislativo, venendo subito dopo a Cass. pen., Sez. IV, 11/3/2013, n. 11493, (imp. Pagano, rel. Piccialli), in *Dir. pen. e processo*, 2013, 691 ss., con annotazioni (congiunte a quelle appena citate per "Cantore") di L. RISICATO.

«Per risolverla occorre considerare che 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 massa, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa».

Sempre nella prospettiva di risolvere l'apparente contraddittorietà della norma, la sentenza "Cantore" ha, poi, delineato le due ipotesi in cui l'operatore sanitario versi in colpa pur nella compiuta osservanza dei suggerimenti clinici (§ 11).

«Potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve».

In secondo luogo

«potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria».

Si potrebbe dire, mutuando la sintesi proposta in altra sede da chi scrive, che la legge "Balduzzi" ha inteso esimere da responsabilità il sanitario attenutosi alle linee guida nei casi di «adempimenti imperfetti» e «inadempimenti

inopportuni» delle stesse⁹⁵. Da un lato, quindi, errori commessi nell'adempimento delle prescrizioni contenute nelle linee guida (in quest'ambito, ad esempio, assume rilevanza anche l'errore esecutivo di lieve entità), dall'altro il mancato discostamento dalle prescrizioni quando le circostanze del caso concreto suggerivano, pur in maniera non del tutto evidente o macroscopica, di elaborare un percorso terapeutico individualizzato e calibrato sulle specifiche problematiche poste dal paziente.

b) Sotto il profilo della possibile sopravvivenza di una responsabilità colposa a seguito di una condotta conforme alle linee guida, dunque, la sentenza “Cantore” non era foriera di grandi novità ed, anzi, perfettamente in linea con la giurisprudenza precedente alla riforma. Essa, però, ha avuto il

⁹⁵ Sulla nomenclatura utilizzata sembra doverosa una precisazione. Capita, non di rado, nella letteratura di trovare l'ambito applicativo della legge “Balduzzi” sintetizzato con la duplice espressione “adempimenti imperfetti” ed “inadempimenti perfetti”. Quanto al primo estremo, esso non crea alcun problema e la sua prima individuazione si deve a D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., 80. Gli “inadempimenti perfetti”, invece, compaiono a costituire l'ambito applicativo della legge “Balduzzi” nei lavori di L. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 691 ss., e O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 21. L'espressione, tuttavia, pare aver assunto diversi significati. In particolare, secondo Risicato, sarebbero “inadempimenti perfetti” quei casi in cui il medico non ha osservato le linee guida e, proprio per questo, non è in colpa, visto che la mancata osservanza dei suggerimenti codificati si è rivelata perfetta rispetto al caso di specie. Chi scrive (in G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico*, cit., 180), al contrario, ha inteso gli “inadempimenti perfetti” come quei casi in cui il medico si è attenuto alle linee guida corrette relative alla patologia presentata dal paziente, ma queste erano, in realtà, completamente inadeguate rispetto al caso concreto, cosicché l’“inadempimento” andrebbe riferito non già alle linee guida ma al caso specifico, mentre la “perfezione” alle linee guida. Tale impostazione appariva più in linea con l'interpretazione della norma, poiché l'ipotesi del medico che, correttamente, non si attiene alle linee guida, oltre a non costituire un'ipotesi di colpa, non poteva in radice essere oggetto della legge “Balduzzi”. Ad ogni modo, riconoscendo l'ambiguità dell'espressione, in particolare per il chiasmo che viene a formarsi tra i riferimenti di sostantivi ed attributi, sembra preferibile (seguendo la linea adottata in G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 92) fare ricorso alla terminologia (“adempimenti inopportuni”) utilizzata nel testo. La nomenclatura proposta, peraltro, è stata poi ripresa anche da altra dottrina. Cfr. in particolare, A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1 ss.; M. FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2017, 1 ss.

merito di porre in luce le due ipotesi – adempimenti imperfetti e inopportuni – sulle quali innestare la valutazione sulla gravità o meno della colpa residua all’osservanza delle linee guida. Si tratta, per stessa ammissione della sentenza, del «tema più nuovo ed oscuro della nuova disciplina»⁹⁶.

La sentenza “Cantore” (§ 13 e 14), pur sottolineandone le difficoltà («l’assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose») e segnalando il pericolo di demandare alla discrezionalità della stessa Corte un intervento così delicato («la valutazione di cui si parla assume ora un peso diverso, estremo, (...) non si tratta più di graduare, ma di tentare di definire il cruciale confine che determina l’estensione dell’illecito»), si è caricata di questo non facile compito ermeneutico.

La sentenza inizialmente propone una serie di quattro criteri generali attraverso cui stabilire il grado della responsabilità colposa⁹⁷. Un primo, fondamentale parametro viene ravvisato nella «misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere»⁹⁸. Occorre poi «determinare

⁹⁶ L’assenza di una precisa definizione non è una cifra solo italiana. Ad esempio, sui problemi creati in Germania dalla assenza di una definizione legale di colpa grave F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005. Ed anche nei paesi di *Common Law*, verso i quali si orienta maggiormente il presente lavoro, specie nei prossimi capitoli, la definizione della *Gross Negligence* rimane uno dei problemi più delicati. Sul punto, per tutti, la recente indagine di F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, Cambridge, Cambridge UP, 2016, 67 ss. Difende, invece, una posizione incentrata su una molteplicità di definizioni, V. TADROS, *The system of the criminal law*, (2002) 22 *Legal Studies* 448.

Anche su questo profilo era stato invocato il vaglio della Consulta da parte del Tribunale di Milano.

⁹⁷ All’individuazione dei criteri la Cassazione premette qualche breve considerazione sulle “fonti” da cui tali criteri sono stati ricavati. Escludendo che il legislatore abbia voluto aprirsi ad aneliti comparatistici, la colpa grave, pur essendo «scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza», non è estranea alla tradizione penalistica e alcune indicazioni circa i canoni di distinzione tra essa e la colpa lieve possono essere rintracciate in relazione all’art. 133 c.p., e, soprattutto, all’art. 2236 c.c.

⁹⁸ Rientra all’interno di questo parametro valutativo anche la considerazione di «quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell’evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione». Come sarà meglio illustrato nei capitoli successivi, la divaricazione tra la pretesa cautelare e la condotta tenuta dall’agente costituisce, anche nei *test* di *Gross Negligence* un primo, imprescindibile, “gradino”.

la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente» concreto, indagando specialmente sul «*quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari». Altro elemento individuato dalla Corte è la «motivazione della condotta», dal momento che, rimanendo in ambito sanitario, «un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se commesso per una ragione d'urgenza». Infine, attiene alla graduazione della colpa la previsione dell'evento, ragion per cui anche la c.d. “colpa cosciente” viene annoverata tra gli indicatori di una forma significativa di responsabilità colposa⁹⁹.

Elencati i suddetti criteri generali, questi vanno calati nel più circoscritto ambito della colpa professionale del sanitario. Pertanto, la Corte ha meglio specificato i possibili indicatori della gravità della colpa nell'ambito della responsabilità medica e, precipuamente, come richiesto dalla novella legislativa, nei casi di previa osservanza delle linee guida.

La motivazione inizia “ammodernando” il parametro utilizzato dalla risalente giurisprudenza, quella della c.d. fase della “comprensione” per il medico, in cui la responsabilità era di regola esclusa se non nei casi di «terapeuta radicalmente inadeguato», ovvero che viola le regole più elementari dell'*ars medica*¹⁰⁰.

Al cospetto della medicina moderna, che fa apparire riduttivo stabilire la gravità della colpa in riferimento alle sue regole basilari, l'inadeguatezza del terapeuta «va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco dal

⁹⁹ Sottolinea il pericolo di un appiattimento della “colpa grave” sulla più nota categoria della “colpa cosciente” L. RISICATO, *guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 702. Sulla colpa cosciente, S. CANESTRARI *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

¹⁰⁰ Del resto, sarebbe stato illogico, in relazione ad una fattispecie sottostante che prevede l'osservanza delle linee guida come requisito per l'applicabilità del più favorevole parametro della colpa grave, prendere le mosse da una figura, peraltro ormai anacronistica, di un sanitario completamente sprovveduto, ignaro delle più basilari regole dell'arte.

modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione».

Un simile criterio non sarebbe incompatibile con la nuova normativa. Atteso che la novella si riferisce ad un «terapeuta che sia che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative», la Corte, simmetricamente a quanto fatto nei casi di “colpa lieve” (§ 11), traccia due possibili ipotesi di «*ragguardevole deviazione*» dal modello di comportamento.

Può anzitutto accadere che il medico, «nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente».

Ma vi è anche un altro possibile scenario in cui il medico versa in colpa grave pur avendo osservato le linee guida dal momento che, secondo la Corte, un

«discorso non dissimile può essere fatto nel caso in cui il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustificano la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulle necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente».

A questa prima analisi incentrata sulla misura della divergenza rispetto all'agire appropriato, definito secondo il tradizionale parametro dell'agente modello, la sentenza “Cantore” affianca un secondo livello di valutazione, «forse ancora più decisivo».

«Per articolare – infatti – un giudizio sulla colpa ispirato al canone del rimprovero personale si dovrà porre speciale attenzione alle peculiarità del caso concreto; ci si dovrà dedicare a considerare i tratti della specifica vicenda. (...) Allora, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si trovi ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. 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 terapeuta».

Ne risulta dunque uno sfaccettato accertamento sviluppato su due piani distinti. Nel primo, quello della tipicità, si indaga, utilizzando gli indicatori proposti dalla sentenza, sulla misura della divergenza tra l'operato del sanitario e quello astrattamente previsto da un agente modello di riferimento. Segue poi, sul versante "soggettivo" della colpa¹⁰¹, un giudizio individualizzante, all'interno del quale si valutano, nella prospettiva di delineare quanto fosse esigibile per il soggetto il conformarsi perfettamente al modello di riferimento, tutte le peculiarità proprie del caso concreto¹⁰².

La prognosi sul grado della colpa imposta al giudice dal decreto "Balduzzi", così come ricostruita dalla sentenza "Cantore", apriva, dunque, il giudizio di colpa ad istanze e considerazioni di carattere soggettivo che da tempo sono sconosciute alla prevalente giurisprudenza, ormai attestata sull'accertamento di una colpa "iper-normativizzata". D'altronde, già in tempi non sospetti

¹⁰¹ In dottrina l'indagine sulla "misura soggettiva" della colpa è rimasta a lungo ferma a G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 339 ss. Di recente invece la misura soggettiva è stata oggetto di una vera e propria "riscoperta" da parte della letteratura penalistica, per la quale, pur con accenti diversi: S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice Pen.*, 2012, 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 341 ss.; ID., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 230 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012. Per un'impostazione originale M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 124 ss.

¹⁰² Questa modalità di accertamento bipartito della colpa grave presenta notevoli assonanze con quello proposto molti anni prima da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 876 ss.

appariva chiaro che «attraverso il concetto di colpa grave rivisitato in chiave logica si rinviene lo strumento concettuale, il *topos* per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità»¹⁰³.

La colpa grave, quindi, può – lo dimostra la prima sentenza che se ne occupa – quantomeno fungere da “grimaldello” per far penetrare nel giudizio di colpa quegli aspetti di carattere soggettivo sistematicamente trascurati in giurisprudenza («le raffinate elaborazioni dottrinali che hanno posto in luce il profilo più squisitamente soggettivo della colpa non trovano grande riscontro negli annali della giurisprudenza»)¹⁰⁴ o, meglio, per tentare di «neutralizzare il momento di spersonalizzazione che l’addebito di colpa reca con sé per sua natura»¹⁰⁵.

È sufficiente questo per affermare, ricalibrando a posteriori gli obiettivi dell’art. 3 della l. n. 189/2012 in una dimensione maggiormente realistica, che una rinnovata attenzione per la “colpevolezza colposa”, da ottenersi proprio attraverso il ricorso a un grado di colpa significativo, sembra

¹⁰³ Quasi fosse un’interpretazione “autentica”, si esprime in questi termini, poco prima dell’approvazione della legge “Balduzzi”, l’estensore della sentenza “Cantore”, R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012, 11, testo pubblicato anche in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 313 ss.. In senso analogo già D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 552: «Il fatto che, come meglio vedremo, di una individualizzazione o, quantomeno, di una maggiore concretizzazione del giudizio si trovi traccia, indirettamente, quasi soltanto a proposito di casi in cui si discuta della configurabilità o meno di una colpa grave avvalorata – assieme al convincimento che quest’ultima rileva come colpevolezza (colposa) grave – l’impressione che una delle strade per irrobustire il deficitario coefficiente di colpevolezza esibito dai reati involontari possa passare attraverso la previsione di ipotesi incriminatrici basate su un grado di colpa significativo». Seppur in senso critico, anche C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, cit., 1104 ss.; il quale, commentando Cass. pen., Sez. IV, 1-2-2012, n. 4391, (imp. D.L.M., rel. Blaiotta), ottimo esempio di quel filone giurisprudenziale che richiama la colpa grave ex art. 2236 come “regola d’esperienza” cui deve attenersi il giudice, nota come «la revitalizzazione del profilo soggettivo della colpa» avvenga per il tramite della colpa grave prevista dalla norma civilistica, quando sarebbe sufficiente «rileggere, attualizzandola, la c.d. misura soggettiva della colpa».

¹⁰⁴ R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, cit., 11.

¹⁰⁵ Cfr. M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 156.

costituire l'aspetto più promettente della riforma "Balduzzi", ben al di là dei disorientamenti applicativi che circondano le linee guida¹⁰⁶.

Purtroppo, però, non abbiamo la controprova. Le brillanti argomentazioni della sentenza "Cantore", infatti, non hanno mai trovato seguito: tutto il potenziale della colpa grave, ben descritto in quella sentenza, è stato "imbrigliato" da un'interpretazione restrittiva (e *contra legem*) dell'art. 3 del decreto "Balduzzi" della giurisprudenza di legittimità, che, di fatto, ha impedito che pronunce successive approfondissero quelle prime considerazioni in tema di colpa grave. Vediamo come.

2.2.5. Tra preoccupazioni costituzionali, retaggi dell'art. 2236 c.c. e reazione alle linee guida "economicistiche": la (letale) limitazione giurisprudenziale della disciplina di favore alla sola imperizia

L'esenzione da responsabilità per colpa lieve è stata circoscritta alle sole ipotesi nelle quali la colpa "residuale" all'ossequio delle linee guida avesse i connotati dell'imperizia. Si tratta di problematica in un primo momento – quello della sua affermazione per via giurisprudenziale – molto sottovalutata¹⁰⁷, che poi, con la successiva presa di coscienza della sua dannosità, ha attirato sempre maggiori attenzioni da parte degli interpreti. Da un iniziale "equivoco" ermeneutico è, però, sostanzialmente derivata la assoluta disapplicazione della legge.

La prima affermazione di questo principio, avvenuta per la verità in modo piuttosto apodittico data l'assoluta assenza di qualsivoglia appiglio a livello

¹⁰⁶ O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 22.

¹⁰⁷ La stessa sentenza "Cantore", intervenuta quando l'equivoco era già sorto, forse perché assorbita dalle questioni interpretative principali, ha, seppur "tiepidamente" aderito.

normativo, si deve alla prima sentenza emessa dalla Suprema Corte a seguito della conversione in legge del Decreto Sanità, sentenza nota come “Pagano”¹⁰⁸. Tale restrizione per via interpretativa della “Balduzzi” muove dalla discutibile premessa secondo cui le linee guida conterrebbero esclusivamente regole di perizia, di talché l’ambito applicativo della nuova norma non avrebbe potuto involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza («non può, pertanto, essere utilmente evocata l’applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e imprudenza»). Il predetto “sillogismo” non trova alcun precedente nella giurisprudenza sulle linee guida anteriore all’approvazione della legge “Balduzzi”, né tantomeno nell’ampio dibattito dottrinale focalizzatosi sul ruolo delle stesse nell’affermazione e negazione della responsabilità colposa. Ciò nonostante, quasi per inerzia, esso è stato recepito in modo costante nella giurisprudenza successiva, senza essere mai sottoposto a revisione critica se non da una parte – a dire il vero neppure troppo nutrita – della dottrina¹⁰⁹.

Le ragioni che potrebbero aver ingenerato un simile orientamento sono quindi da ricercare, per un verso, nell’evoluzione storica della responsabilità medica, e segnatamente in quel suo legame da sempre controverso ma vivo

¹⁰⁸ V. Cass. pen., Sez. IV, 11-3-2013, n. 11493 (imp. Pagano, rel. Piccialli) in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 691 ss.

¹⁰⁹ In giurisprudenza si sono conformate al principio la stessa sentenza “Cantore”, seppure, come detto, con un’adesione prudente, e numerose altre pronunce, tra cui: Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 7951, (rel. Esposito), in *DeJure*; Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 15495, (rel. Montagni), in *Guida dir.*, 2014, 25, 84 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2014, n. 36347, (rel. Dovere), in *Guida dir.*, 2014, 40, 29. Fuori dai confini della Quarta Sezione v. Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5460, (rel. Di Nicola, ric. Grassini), in *DeJure*. In dottrina in senso adesivo alla posizione espressa in “Pagano” P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., 3; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l. 189/2012*, cit., 700; G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss. Critici fin dall’inizio, invece, A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 178; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 7.

con la colpa grave, per l'altro, nelle numerose difficoltà interpretative sollevate dalla nuova norma¹¹⁰.

Sotto il primo profilo, la restrizione ai soli casi di imperizia dell'operato della "Balduzzi" sembra costituire l'eredità della annosa questione relativa all'applicabilità dell'art. 2236 c.c. in sede penale. Come si è precisato nelle battute introduttive, dai meandri del dibattito sviluppatosi attorno a tale problema è emersa una tralatizia certezza: la colpa è graduabile – *rectius*: merita di essere graduata – solo nella sua forma più tecnica, l'imperizia. È plausibile ipotizzare che dietro il ripristino di questa tradizionale associazione si nascondesse una preoccupazione di ordine costituzionale: le difficoltà peculiari dell'arte medica – messe in luce più volte anche nel corso di queste pagine – giustificerebbero un trattamento di favore soltanto in relazione a quei casi in cui l'errore sia promanato nell'impiego delle complesse *leges artis*. Quanto alle altre forme di colpa, al medico sarebbe giusto richiedere la prudenza e la diligenza medie che vengono richieste a tutti gli agenti comuni¹¹¹.

L'"equivoco" circa la delimitazione dell'ambito applicativo della "Balduzzi", però, oltre che da retaggi del passato, sembra essere stato alimentato anche dalle lacune testuali della norma. In questa prospettiva, come ampiamente messo in luce in precedenza, un problema cruciale durante la vigenza della legge "Balduzzi" atteneva all'esatta individuazione di quali linee guida potessero, se osservate, fondare l'esonero di responsabilità per l'esercente la professione sanitaria nei casi di colpa lieve.

¹¹⁰ Opinioni già espressa da chi scrive in G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1146 e ss.

¹¹¹ Del resto, lo stesso relatore della sentenza "Pagano" ha proposto, recentissimamente, un'ardita interpretazione della successiva riforma "Gelli-Bianco" volta a riconoscere la non punibilità dell'imperizia grave. In pratica: una sorta di assoluta impunità dell'imperizia maturata in ambito sanitario e nell'osservanza delle linee guida. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre-31 ottobre 2017, n. 50078 (rel. Piccialli, imp. Cavazza), in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2017, con prima nota di C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*. Sulla sentenza vedi *infra*, § 2.5.5.

Ebbene, dalla lettura della sentenza “Pagano” emerge come dietro all’enunciazione del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*» vi sia proprio la preoccupazione – tipica espressione della diffusa diffidenza nei confronti delle linee guida – di non concedere spazi applicativi (e disculpanti) a direttive cliniche ispirate da necessità di carattere economico. Attraverso l’affermazione del principio, pertanto, la giurisprudenza è sembrata volersi riservare la possibilità di procedere ad un ulteriore vaglio, successivo a quello relativo al loro accreditamento formale da parte della comunità scientifica, delle linee guida richiamate dall’imputato a giustificazione del proprio operato, vaglio diretto a verificare che esse contenessero regole di perizia finalizzate esclusivamente alla cura del paziente ed in nessun modo orientate, o quantomeno condizionate, (d)al contenimento delle spese¹¹².

Si è, finalmente, giunti al cuore del problema: la (vera) portata limitante del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*» si è estrinsecata nell’adozione, da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, di una interpretazione particolarmente restrittiva del concetto di imperizia, tradizionalmente invece inteso in senso lato come «negligenza e imprudenza qualificate», di talché anche ipotesi di colpa come quella del citato caso “Grassini”, che pure richiedono elevate cognizioni tecniche e sarebbero più correttamente riconducibili all’imperizia, sono state attratte nell’area ora della negligenza, ora dell’imprudenza, con conseguente inapplicabilità del

¹¹² Ciò è ancor più evidente se si tiene in debito conto che, non di rado, nella giurisprudenza successiva a “Pagano”, le condotte potenzialmente dettate da esigenze di risparmio, come per esempio l’omesso approfondimento diagnostico e le dimissioni affrettate del paziente, sono state ricondotte non all’imperizia ma, rispettivamente, a negligenza ed imprudenza. In questa prospettiva pare emblematica la tortuosa e già citata vicenda “Grassini”, nella quale un medico, accusato di aver frettolosamente dimesso un paziente colpito da infarto in ossequio alle linee guida di settore, seppur assolto per due volte dalla Corte d’Appello, ha visto annullare entrambe le assoluzioni proprio per il suo essersi attenuto alle direttive cliniche. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, cit., 2012, 542 ss.; Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5460. In quest’ultima sentenza si è esclusa l’operatività della legge “Balduzzi” proprio in ragione della sua non applicabilità a casi di imprudenza, come sarebbero le dimissioni anticipate del paziente.

criterio d'imputazione più favorevole della colpa grave¹¹³. Al termine di questo complicato, quanto ingiustificato, processo ermeneutico, la legge "Balduzzi", che già era caratterizzata da uno spettro applicativo piuttosto ridotto, è uscita – è inutile nasconderselo – come una norma di mera facciata, privata di qualunque effettiva rilevanza pratica.

Senonché, è stata proprio la Corte di Cassazione a sottoporre a revisione questo orientamento, attraverso due sentenze vicine nel tempo, "Stefanetti" e "Manzo"¹¹⁴. Le due pronunce utilizzano percorsi argomentativi differenti: la prima, infatti, è incentrata sul superamento del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*», riconoscendo la possibilità che le linee guida contengano anche regole non strettamente di perizia e, segnatamente, di diligenza; la seconda, al contrario, riallargando i confini della stessa imperizia¹¹⁵.

¹¹³ Così P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, : *il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 aprile 2015, 3 ss., che riporta anche un'ampia panoramica giurisprudenziale. La definizione tradizionale di imperizia si deve invece a M. GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 641.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289 (imp. Stefanetti, rel. Blaiotta); Cass. pen., Sez. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923 (rel. Piccialli, imp. Manzo). Su queste due sentenze, nonché su tutti questi profili critici, oltre al proprio commento di entrambe, G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, cit., 1147, cfr. P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*: cit.; A. ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, 231 ss. Con uno sguardo già al testo della legge "Gelli-Bianco" inizialmente approvato dalla Camera, C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2016; da ultimo, poco prima dell'approvazione della nuova riforma, F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 febbraio 2017.

¹¹⁵ Un peso sul differente percorso argomentativo delle due sentenze - è inutile negarselo - sembra dover essere attribuito alle precedenti prese di posizione sul tema da parte degli estensori, senz'altro tra i più autorevoli della Corte di Cassazione, delle pronunce in commento. L'estensore della prima sentenza, "Stefanetti", è infatti lo stesso della sentenza "Cantore", che alla limitazione alla sola imperizia aveva aderito, ma in modo piuttosto "tiepido", sostenendo che l'ambito della perizia è "il terreno d'elezione delle linee guida". L'estensore della seconda sentenza, "Manzo", è invece lo stesso della "Pagano", che come è stato ampiamente specificato è la "capostipite" dell'indirizzo interpretativo in questione.

A prescindere dalla preferibilità di una delle due impostazioni, pare, invero, poco opportuno che la labile distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia assuma una rilevanza così decisiva nello stabilire l'*an* della responsabilità colposa. Già diversi anni orsono, un autorevole Studioso metteva in guardia dal sopravvalutare il significato della ripartizione codicistica in tre forme di colpa, definendola un'operazione «gravemente pericolosa», poiché ciò che davvero rileva nell'accertamento del reato colposo, dal momento che detta tripartizione è stata soppiantata dal giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, è l'individuazione della regola di condotta violata in concreto la cui osservanza avrebbe evitato l'evento¹¹⁶.

Il superamento definitivo – ma, in realtà, a posteriori, quanto mai provvisorio – della restrizione giurisprudenziale alla sola imperizia, con allargamento dell'operatività della “Balduzzi” anche ai casi di imprudenza, si è verificato ad opera della successiva sentenza “Denegri”¹¹⁷.

Tuttavia, nel frattempo, il legislatore – forse influenzato da quel primo orientamento della Cassazione? – ha ristretto il perimetro applicativo della riforma “Gelli-Bianco” alla sola imperizia, cosicché, oggi, nella disciplina che ha sostituito l'art. 3 della l. n. 189/2012, la limitazione è assurta a inscalfibile criterio di natura legale. Si avrà modo di segnalare anche questa criticità della nuova disciplina; per ora, al termine dell'analisi della riforma

¹¹⁶ Cfr. M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 641. Più recentemente F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 166-169; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel reato colposo*, Torino, 2003. Nella manualistica invece, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 549 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 432.

Non a caso, nella prassi quanto appena evidenziato si riflette nelle modalità di contestazione del reato colposo da parte dell'accusa, caratterizzate da capi di imputazione che non distinguono mai tra le tre forme di colpa e, anzi, si richiamano, attraverso formule ellittiche e onnicomprensive, a tutto l'universo cautelare, tanto generico quanto specifico. Sul tema, cfr. D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3843 ss.; E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283 (rel. Montagni, imp. Denegri), in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, negligenza e imprudenza*, cit.

della responsabilità penale del sanitario del 2012, sembra il caso di tracciarne un breve bilancio di commiato.

2.2.6. Un «fragile equilibrio»: un bilancio (di commiato) dal decreto “Balduzzi”

Viste le incerte modalità della sua approvazione, gli obiettivi rispetto ai quali parametrare il tasso di riuscita dell’art. 3 della l. n. 189/2012 possono essere quelli resi noti dal legislatore in occasione del successivo intervento di riforma del 2017, ovvero la maggiore determinatezza e la minore estensione dell’ambito della colpa penale nelle attività sanitarie.

Dando seguito all’analisi fin qui condotta, che, non a caso, si è soffermata a lungo anche sui pregi ed i difetti strutturali delle linee guida, non è difficile riconoscere come il primo di tali intenti – l’accrescimento del tasso di determinatezza dell’illecito colposo in ambito medico – sia rimasto pressoché “lettera morta” con l’avvento della riforma. La giurisprudenza non ha esitato nemmeno un attimo a confermare i propri orientamenti precedenti e a relegare le linee guida in una sorta di “limbo giuridico”, all’interno del quale esse assumono una valenza del tutto relativa rispetto alla condotta che il sanitario deve (o avrebbe dovuto) tenere.

Bisogna, tuttavia, non incorrere nel malinteso di individuarne la causa in una delle tante carenze della formulazione legislativa, rea principalmente di non aver delineato con chiarezza a quali linee guida si facesse riferimento. In questo senso, come già osservato, l’esperienza di altri ordinamenti provvisti di un sistema di accreditamento formale delle linee guida dimostra come, in ogni caso, non si possa prescindere dal perito, la cui centralità, anzi, è spesso incrementata dal ricorso alle linee guida. La tentata “positivizzazione” delle regole cautelari in ambito sanitario, dunque, ha

scontato soprattutto i limiti ontologici dello strumento prescelto per tale “positivizzazione”, le linee guida, nonché, forse, le peculiarità della stessa materia che si tentava di formalizzare, la medicina.

Sotto questo aspetto, quindi non c’è stata alcuna rivoluzione, ma ha prevalso, come forse era prevedibile, il “relativismo” giurisprudenziale, confermato sin dalle prime pronunce che si sono interrogate sul nuovo dato legale.

Sul piano della minore estensione della responsabilità per colpa, al contrario, la “Balduzzi” sembra aver ottenuto, ancorché faticosamente, qualche risultato. Certamente, la restrizione (come visto, del tutto arbitraria) ai soli casi di imperizia ha paralizzato a lungo la norma, ma ciononostante, la sentenza “Cantore”, che ne ha ritagliato sapientemente gli spazi applicativi, ha lasciato presagire i benefici che, sotto quel punto di vista, l’introduzione di una forma qualificata di colpa avrebbe portato con sé non fosse stata neutralizzata dall’equivoco interpretativo contenuto nella sentenza “Pagano”.

In una prospettiva più teorica, l’introduzione di una forma “qualificata” di colpa si è accompagnata con una nuova sensibilità per gli aspetti individualizzanti su cui calibrare il rimprovero nel caso concreto; in altre parole: quella maggiore attenzione alla “misura soggettiva” della colpa che, da tempo, la migliore dottrina chiede a gran voce al versante giurisprudenziale.

Da un punto di vista più “pratico”, invece, dopo l’inversione di tendenza di “Stefanetti” e “Manzo”, la strana disciplina di favore contenuta nell’art. 3 del decreto ha cominciato a dispiegare qualche effetto. È proprio nella citata sentenza “Manzo” che si è manifestata la vera efficacia in concreto del decreto “Balduzzi” ed, in particolare, della colpa grave. Essa, infatti, sembra emergere con più evidenza nei casi in cui ad essere in gioco più che il suo grado era l’assenza stessa della colpa. Il ragionamento del GUP di Taranto in quell’occasione, poi avallato dalla Cassazione, secondo lo schema – non

nuovo nelle corti di merito – per cui “se anche una colpa c’è, è lieve e quindi penalmente irrilevante”, consente, intervenendo in via sussidiaria, di evitare quelle distorsioni rigoristiche nell’accertamento della colpa medica evidenziate da sempre in dottrina.

Tante promesse, quindi. Tanti spiragli verso un’imputazione più “colpevole” del fatto colposo. Ma anche tanti (troppi) problemi applicativi che hanno limitato l’efficacia in concreto dell’art. 3.

In definitiva, sembra di sottoscrivere quanto affermato da Domenico Pulitanò: «sulla via del ripensamento della responsabilità per colpa, la strana norma introdotta dal decreto sanità segna, prevedibilmente, un punto di non ritorno; ma anche una tappa provvisoria, un equilibrio instabile. [...] Il lavoro sulla nuova norma, e la verifica del suo funzionamento, saranno anche una base di partenza per la ricerca di soluzioni normative migliori: più chiaramente leggibili, e più solide sul piano assiologico. L’obiettivo sarebbe quello di costruire una maggiore determinatezza e minore estensione dell’ambito della colpa: nel solo settore sanitario, in ambito più ampio, in tutti i settori?»¹¹⁸.

La legge “Balduzzi” è stata, quindi, una sorta di “esperimento legislativo”, da cui trarre indicazioni in vista di nuovi interventi normativi. E, in effetti, proprio questo è stato il suo pregio, avendo imposto agli interpreti – giuristi e medici-legali – di confrontarsi su aspetti cruciali della responsabilità professionale dei sanitari come le linee guida, l’imperizia, ma, soprattutto, la graduazione della colpa.

Nella prospettiva di un esperimento, i risultati, come detto erano chiari: la parte preferibile – quella da conservare nell’inevitabile riforma dell’«instabile equilibrio» disegnato dalla “Balduzzi” – del “binomio” linee guida-grado della colpa era, senz’altro, il secondo estremo.

È accaduto esattamente il contrario.

¹¹⁸ Citazione da D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, cit., 85.

2.3. *L'attesa per la "riforma definitiva": le "due" "Gelli-Bianco"*

L'intervento riformatore, per una volta, non si è fatto attendere e, a distanza di (solo) poco più di quattro anni, il legislatore ha "rimesso mano" alla "instabile" normativa sulla responsabilità penale colposa del sanitario con l'art. 6 della legge n. 24 del 2017 (definitivamente approvata dalla Camera dei Deputati il 28 febbraio 2017 ed in vigore dal primo aprile), che ha introdotto all'interno del codice penale l'art. 590-*sexies*, rubricato

«Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario: (1) 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.

(2) 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 va inserita nel contesto di una riforma più ampia che, già da tempo ribattezzata "Gelli-Bianco" (dal nome dei parlamentari relatori nelle due Camere), ha recato con sé ambiziose «disposizioni in materia di *sicurezza delle cure* e di *responsabilità professionale* degli esercenti le professioni sanitarie»¹¹⁹.

¹¹⁹ Come avvenuto per la "Balduzzi", anche la recente riforma ha attirato grandi attenzioni in letteratura. Senza pretese di esaustività, per una prima lettura dell'art. 590-*sexies* c.p. e delle altre disposizioni che attengono alla responsabilità penale degli operatori sanitari, C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017, 1 ss. M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO - L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, E-Book del 13 febbraio 2017, 21 ss.; ID, F. CENTONZE, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1361 ss.; P.F. POLI, *Il D.d.l Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di*

Le novità sul fronte penalistico, pertanto, non si esauriscono nell'enigmatica nuova disposizione inserita nel codice penale, ma essa va coordinata con le altre disposizioni del testo di legge, a cominciare dagli artt. 3 e 5, che, contrariamente a quanto era avvenuto anni prima, prevedono la creazione di un sistema di accreditamento formale delle linee guida e delle buone pratiche mediche.

L'approvazione da parte di entrambe le Camere della nuova disciplina è stata seguita, a livello parlamentare e anche in taluni ambienti sanitari, da reazioni entusiastiche, che hanno enfatizzato il raggiungimento – anche sul piano delle responsabilità – di un nuovo punto di equilibrio nelle dinamiche tra medico e paziente¹²⁰.

Può essere che ciò sia vero e, senza dubbio, i propositi resi noti dal legislatore – il contrasto alla c.d. “medicina difensiva”, l'alleggerimento del contenzioso penale e civile in ambito medico, la prevenzione della

adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?, cit., 87 ss. A livello di primi commenti, sia consentito anche richiamarsi a G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit. 84 ss. Per analisi più recenti, S. CANESTRARI, *Criminal liability in a medical context: the Italian law's approach*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2017, 3, 433 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in www.legislazionepenale.eu, 2 maggio 2017, 1 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.laegislazionepenale.eu, 7 giugno 2017, 1 ss.; O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6, 2151 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 1 ss.; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2, 1 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017, 1 ss.; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, cit., 1 ss.; R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1466 ss.

¹²⁰ Una dettagliata raccolta delle prime dichiarazioni provenienti dal mondo politico e da quello medico successive all'approvazione della normativa è disponibile sulla rivista online www.quotidianosanità.it, che ha seguito con grande attenzione ogni passo dell'iter parlamentare della riforma.

malpractice, la creazione di moderni sistemi di gestione del rischio – erano senz’altro i migliori¹²¹.

In ogni caso, però, anche a prescindere dal modello di *medicina* promosso dalla riforma, va rilevato come sia proprio sul versante penalistico che la legge “Gelli-Bianco” presenti le maggiori criticità e, di conseguenza, deluda le grandi aspettative che vi avevano riposto gli operatori sanitari.

Ancora una volta – dopo il singolare *iter* parlamentare della “Balduzzi” – gran parte di tali criticità affondano le radici nella fase genetica dell’art. 590-*sexies*.

Prima di assumere le attuali sembianze durante la lettura al Senato, la prima versione della legge approvata alla Camera proseguiva secondo la medesima direttrice tracciata nel 2012, prevedendo:

«1. Dopo l’articolo 590-*bis* del codice penale è inserito il seguente:
Art. 590-*ter*. – (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – L’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di *imperizia* la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di *colpa grave*. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le *buone pratiche* clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle *linee guida* come definite e pubblicate ai sensi di legge¹²²».

¹²¹ I “buoni propositi” del legislatore sono stati già evidenziati dalla scheda di C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2017. Gli occhi attenti dei primi commentatori che si sono posati sulla riforma, tuttavia, hanno già individuato alcune lacune metodologiche nella sua impostazione di fondo, lacune tali da far ritenere che la legge “Gelli-Bianco” «cambierà la medicina in peggio», col rischio che arrivi, addirittura, a scardinarne i suoi fondamentali connotati ippocratici. Cfr. I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, cit.

¹²² Per un commento della versione iniziale della “Gelli-Bianco”, O. DI GIOVINE, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 386 ss. Secondo una prospettiva medico-legale, A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, 2016, 374. Considerazioni sulla prima versione volendo anche in G.M. CALETTI, *Il ruolo delle linee guida nell’accertamento della responsabilità penale: problematiche attuali e prospettive di riforma*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, raccolta degli atti di un Convegno tenutosi a Trieste, in www.quotidianosanità.it, 12 gennaio 2017.

Non che tale prima versione fosse immune da ogni perplessità – la legalizzazione dell'imperizia, su tutte – ma, quantomeno, proseguiva l'opera di delimitazione della responsabilità sanitaria attraverso una generale estensione del criterio di imputazione della colpa grave.

Al contrario, anche volendosi approcciare all'art. 590-*sexies* c.p. senza pregiudizi di sorta e con spirito “costruttivo”, è difficile pervenire ad un giudizio positivo del nuovo assetto della responsabilità penale del sanitario. Anziché sciogliere e semplificare i complessi nodi interpretativi maturati con la normativa previgente, la legge “Gelli-Bianco”, confermando, in controtendenza con le indicazioni maturate nel dibattito, il ruolo centrale delle linee guida ed omettendo ogni riferimento al grado della colpa punibile, è riuscita nell'impresa di amplificare certe difficoltà ermeneutiche ed applicative del decreto “Balduzzi”, accreditando in dottrina l'idea di un amaro ritorno indietro di cinque anni, precisamente alla situazione ben descritta dalla sentenza “Ingrassia”.

Vediamo, allora, di comprendere da un punto di vista tecnico come, per il momento, è stato vanificato l'“esperimento Balduzzi” in materia di grado della colpa.

*2.3.1. L'art. 590-*sexies* c.p. e la scomparsa della colpa grave*

Come detto, il raffronto tra le due versioni dell'art. 590-*sexies* c.p. mette bene in evidenza la scomparsa, perlomeno a livello formale, di ogni tipo di “selezione” della colpa.

A prima vista, il testo così strutturato sembra quindi ristabilire l'ovvio: il sanitario che si attiene alle linee guida in astratto raccomandate per la patologia presentata dal paziente, se esse si rivelano “adeguate” anche

rispetto alle peculiarità della specifica situazione clinica, non versa in colpa e non è, quindi, punibile.

In effetti, i primi commenti che si sono occupati della riforma hanno sin da subito segnalato come quest'ennesima formulazione legislativa poco chiara sembri riportarci – senza che nessuno lo auspicasse – al quadro descritto all'inizio del presente lavoro, ben riassunto nella sentenza “Ingrassia”, ultima pronuncia del “pre-Balduzzi”, secondo la quale l'osservanza delle linee guida esclude la colpa, ma solo se «adeguate» anche al caso concreto¹²³.

E in questa direzione pareva essersi già indirizzata la Corte di Cassazione, che, nella prima sentenza che si è soffermata sui dettagli della riforma (“De Luca-Tarabori”), ha confermato le perplessità espresse in dottrina, stabilendo la (perdurante) applicabilità della legge “Balduzzi” ai casi precedenti all'entrata in vigore della nuova normativa (1 aprile 2017), dal momento che quest'ultima reca una disciplina sempre meno favorevole di quella introdotta dall'intervento riformatore del 2012¹²⁴.

¹²³ In particolare C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, cit.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 84 ss. Più recentemente, ha sottolineato la “disarticolante contraddittorietà della norma anche V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 9.

¹²⁴ V. Cass. pen., IV Sez., 20 aprile 2017, 28187, (imp. De Luca, Ric. Tarabori, Rel. Montagni), in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio* e P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, ivi, 4 luglio 2017; in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss., con nota di M. CAPUTO, *Promossa con riserva. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi*; in *Cass. pen.*, 2017, 3152 ss., con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo* e in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*. Giusto per precisione, va rilevato come, in realtà, la sentenza “Tarabori” non sia la prima del post “Gelli-Bianco”, che è invece Cass. pen., IV sez., 16 marzo 2017, n. 16140, (Rel. Montagni, Imp. Filippini), anch'essa in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017.

In realtà, in linea di principio, il dato letterale della norma lasciava prospettare – non foss’altro per le intenzioni più volte manifestate dal legislatore di “alleggerire” una volta per tutte il carico di responsabilità penale dei medici – un’interpretazione che, perlomeno con riguardo a certi casi, consentisse di leggere l’art. 590-*sexies* in chiave più favorevole rispetto alla “Balduzzi”¹²⁵.

Al fine di un più puntuale raffronto tra le due discipline, pare opportuno condurre la comparazione tra i due testi sulla base della dicotomica ipotesi di operatività della “Balduzzi” già richiamata nei paragrafi che precedono: gli “adempimenti imperfetti” e gli “adempimenti inopportuni”¹²⁶.

Quanto a questi ultimi, il verdetto è sembrato sin da subito inappellabile: se il sanitario si attiene *inopportunamente* a linee guida evidentemente inadatte – *rectius: inadeguate* – al caso specifico presentato dal paziente e da tale allineamento derivano conseguenze dannose per il paziente, allora il sanitario risulta penalmente responsabile, anche per colpa lieve. Sul punto, la “clausola di adeguatezza” delle linee guida prevista dall’art. 590-*sexies* c.p. rappresenta un ostacolo, come ammesso anche dalla Cassazione, insormontabile¹²⁷.

Al contrario, la questione è senz’altro più articolata con riguardo agli “adempimenti imperfetti”, ovvero quelle ipotesi nelle quali il sanitario ha

¹²⁵ Tanto si segnalava già in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 91. In effetti, questa impostazione, solamente paventata come possibile da chi scrive, è stata poi coltivata dalla giurisprudenza di legittimità in una successiva sentenza alla “Tarabori”, il cui contenuto sarà meglio analizzato al § 2.5.5.

¹²⁶ In sede di commento alla “Gelli-Bianco”, è stata proposta anche un’altra efficace nomenclatura: «errori di scelta» delle linee guida ed «errori di adattamento» delle linee guida. Cfr. M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 27 ss.

¹²⁷ Attesi gli equivoci ingenerati in passato (e messi in luce anche nel presente lavoro), però, sembra giusto precisare come la valutazione sull’*adeguatezza* delle linee guida vada svolta *ex ante*, sulla base delle conoscenze che aveva – o che avrebbe dovuto avere – il sanitario. Nelle ipotesi in cui, infatti, le ragioni dell’inadeguatezza delle linee guida rispetto alla specifica situazione del paziente siano emerse solo a trattamento concluso, senza che al momento della condotta vi fosse alcuna avvisaglia di tale inadeguatezza, non vi sarà in radice una colpa, nemmeno lieve. Sul punto, rimangono di attualità le considerazioni di O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., 21.

commesso un errore nel conformarsi alle linee guida correttamente individuate per il caso trattato. In questi frangenti, infatti, posto che non è più invocabile il parametro “di favore” della colpa grave previsto dal 2012, l’art. 590-*sexies*, a livello letterale, lascerebbe spazio per poter sostenere che debbano andare esenti da responsabilità penale anche condotte caratterizzate da un grado di colpa elevato, ma commesse nell’osservanza delle linee guida. In altre parole: non punibilità per colpa grave dovuta ad imperizia purché essa si sia verificata nell’adattamento di linee guida adeguate al caso clinico affrontato.

La Corte, come già pronosticato in dottrina¹²⁸, in un primo momento (sentenza “De Luca-Tarabori”), ha sottolineato come questa interpretazione della disposizione codicistica, apparentemente consentita dal tenore letterale, sia da considerarsi in contrasto con diversi canoni costituzionali in materia penale, tra cui, in particolare, i principi di ragionevolezza e colpevolezza. Allo stesso tempo, il rischio ulteriore sarebbe quello di «vulnerare l’art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge»¹²⁹.

La presa di posizione della Suprema Corte appare condivisibile. A ben vedere, infatti, oltre che in frizione con i principi costituzionali, anche su un piano tecnico la tesi dell’esenzione da responsabilità per imperizia grave sembra di difficile accoglimento, in quanto inconciliabile con alcuni profili strutturali della norma e, nella specie, con il concetto di “rispetto” delle linee guida. D’altronde, già prima dell’intervento della sentenza “De Luca-Tarabori”, che tra l’altro nella motivazione sembra riprendere anche questi profili, ci si era domandati se un errore nell’esecuzione delle raccomandazioni cliniche potesse inficiare *tout court* il loro “rispetto”, o,

¹²⁸ Per altro anche da chi scrive. Cfr. G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 84 ss.

¹²⁹ Cass. pen., IV Sez., 20 aprile 2017, 28187, (imp. De Luca, Ric. Tarabori, Rel. Montagni), cit.

ancora, se fosse sufficiente una loro osservanza parziale per godere della disciplina speciale di cui all'art. 590-*sexies* c.p.¹³⁰

In effetti, dalla sentenza “De Luca-Tarabori” l'art. 590 *sexies* sembra uscire come nulla più che una disposizione di legge recante un criterio (verrebbe da dire una “linea guida”) da utilizzare nell'affermazione (o negazione) della responsabilità colposa del medico: questi non versa in colpa se ha “rispettato” le linee guida adeguate al caso concreto. Sembra proprio, in altre parole, la ricezione, a livello normativo, di quanto già affermato dalla sentenza “Ingrassia”.

Peraltro, quest'impostazione è incorsa nell'approvazione di una parte della dottrina. Secondo alcuni Autori, infatti, con l'introduzione dell'art. 590-*sexies*, il legislatore avrebbe mirato a consegnare alla giurisprudenza non già una norma “di favore”, come dimostrerebbe l'assenza di ogni graduazione, bensì una sorta di “monito”, vale a dirsi l'avvertenza che nell'accertamento della responsabilità colposa del sanitario sarebbe doveroso attenersi ai principi elaborati dalla dottrina penalistica, nonché valorizzare il rispetto delle linee guida, trattando con un “occhio di riguardo” i medici che siano risultati imperiti ma abbiano dimostrato di conoscere la miglior scienza codificata¹³¹. In questa prospettiva, anche *de jure condendo*, assumerebbe importanza relativa il grado della colpa, posto che gli strumenti per ridimensionare il ruolo della colpa penale in ambito sanitario sarebbero già tutti nella disponibilità “dogmatica” del giudice.

Ad ogni modo, proprio quando le lancette dell'orologio sembravano irrimediabilmente tornate indietro di quattro anni e mezzo, più precisamente

¹³⁰ Non si tratta di una riproposizione dell'*in culpa sine culpa*. Per un maggiore approfondimento di queste problematiche sia permesso rinviare a G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 93 ss.

¹³¹ Di questo avviso, pur con sfumature differenti, O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, cit., 2163, G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche*, cit., 21 e ss, ai quali si rimanda per l'approfondimento di tale tesi.

al novembre 2012, quando il decreto “Balduzzi”, ancora non convertito in legge, recava con sé innovazioni soltanto di stampo civilistico, una sorprendente sentenza della Corte di Cassazione, “Cavazza”, ha riaperto, quasi “violentemente”, la questione¹³². In tale pronuncia, valorizzando quell’interpretazione letterale della quale si è dato conto, si è giunti ad ammettere la non punibilità anche di un’imperizia grave sempre maturata nel “rispetto” delle linee guida.

Proprio mentre si scrivono queste pagine, si è diffusa la notizia del rinvio del contrasto alle Sezioni Unite della Cassazione, di talché sembra il caso di meglio approfondire le tre posizioni finora emerse – le due sentenze della Corte ed una soluzione alternativa, per così dire “mediana”, proposta da chi scrive – nel dibattito. Tale approfondimento, peraltro, non può che passare attraverso la breve analisi di alcuni profili tecnici altamente problematici della formulazione dell’art. 590-*sexies* c.p., e, nella specie, quelli relativi a “rispetto” ed “adeguatezza” delle linee guida, ai quali è dedicato il prossimo paragrafo.

2.5.2. Ancora l’imperizia! Una panoramica sulle principali problematiche interpretative sollevate dal nuovo dato legale

Sospendendo per un attimo il discorso sul senso complessivo da attribuire all’art. 590-*sexies* c.p., va sottolineato, qualunque esso sia, che la nuova disposizione ripropone in modo ancor più grave, avendola recepita a livello normativo, la problematica restrizione all’imperizia.

Come dimostrano in pieno gli orientamenti della IV Sezione penale della Corte di legittimità precedenti all’approvazione della riforma “Gelli-

¹³² Cass. pen., Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50078 (rel. Piccialli, imp. Cavazza), cit.

Bianco” esaminati nei paragrafi che precedono, non si era e non si è (nemmeno oggi) ancora pronti a far dipendere il perimetro della punibilità da concetti i cui significati e confini reciproci sono stati finora tracciati nei termini più disparati.

A ben vedere, resta ancora per nulla chiarito, in particolare in ambito sanitario, se l'imperizia sia la declinazione “professionale” di negligenza ed imprudenza – secondo un'opinione tradizionale¹³³, che però renderebbe qui sostanzialmente sterile il suo richiamo letterale, in quanto allora assai poco selettivo; proprio questo effetto, a ben vedere, potrebbe rappresentare un incentivo per l'accoglimento della lettura appena menzionata, consentendo così di limitare la compressione dello spazio applicativo del nuovo art. 590-*sexies* c.p.¹³⁴ – oppure se debba intendersi come un concetto *sui generis*, un *tertium genus*.

Certo, le preoccupazioni qui espresse sarebbero destinate a ridimensionarsi se si concepisse l'art. 590-*sexies* c.p. come una previsione meramente specificativa e non realmente derogatoria rispetto a quella dell'art. 43 c.p., ma si è già anticipato come questa non sia, al momento, l'unica opzione interpretativa “in gioco”.

In effetti, oltre al pericoloso richiamo all'imperizia, del quale si è detto, ciò che sembra in grado di paralizzare l'applicazione della esenzione da responsabilità penale, sono le interpretazioni dei concetti di “rispetto” ed “adeguatezza” delle linee guida. Più in particolare: quand'è che, con esattezza, una linea guida può dirsi “rispettata” e quand'è che essa è “adeguata” alle specificità del caso concreto?

Si tratta di problematiche interpretative rimaste più sullo sfondo dopo la legge “Balduzzi”, probabilmente (anche se non in modo del tutto giustificabile) per la diversa formulazione del testo normativo, ma che oggi

¹³³ Così, come visto, M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 641.

¹³⁴ Pur muovendo da una prospettiva non coincidente con quella qui sviluppata, sottolinea la plausibilità di questa lettura del requisito dell'imperizia O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2159 e 2163 alla nota 28.

assumono importanza decisiva nella precisa configurazione del perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies*.

Quanto al “rispetto”, la questione principale riguarda la possibilità di intendere come “rispettata” una raccomandazione clinica nel cui adeguamento al caso concreto il sanitario ha commesso un errore (che la nuova normativa dovrebbe esentare da responsabilità penale). Tale errore può essere dovuto, ad esempio, ad un rispetto parziale delle direttive cliniche, magari perché il sanitario ha ritenuto che il caso specifico richiedesse di conformarsi solo ad alcune raccomandazioni e non a tutte. In questi casi appare altamente problematico stabilire quale misura di adeguamento alla linea guida sia necessaria per ritenere che essa sia stata rispettata: sarà sufficiente l'osservanza del 30%, del 51%, del 90% o, al contrario, sarà invece doverosa una adesione al 100% delle istruzioni cliniche?¹³⁵

Altro profilo altamente problematico riguarda i casi in cui il sanitario ha osservato integralmente una linea guida, ma essa, pur essendo “adeguata”, non era sufficiente a fronteggiare tutti gli aspetti patologici presentati dal paziente. La mancata osservanza di un'altra linea guida “opportuna” inficia, *tout court*, il “rispetto” o è proprio questo uno dei casi in cui il legislatore ha inteso prevedere un trattamento di minor rigore per chi esercita le professioni sanitarie?

La “multimorbilità”, d'altronde, mette da sempre in crisi le linee guida, specie dal punto di vista della loro “adeguatezza”. Capita infatti molto di frequente che le prescrizioni cliniche raccomandate per una patologia non possano essere applicate al paziente poiché incompatibili con un'altra patologia presentata dal medesimo paziente. Ciò sembra dovuto alle stesse modalità di sperimentazione attraverso cui si giunge alla redazione dei suggerimenti clinici. Come noto, le linee guida costituiscono l'espressione

¹³⁵ Per maggiori riflessioni sul punto, si rinvia a G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit., 93 ss.

più compiuta dell'*Evidence Based Medicine* (EBM), la medicina basata sull'evidenza di dati statistici¹³⁶. Gli studi epidemiologici da cui emerge il dato statistico sono condotti su *cluster* di pazienti "standardizzati", scelti casualmente, di modo che le caratteristiche individuali si distribuiscano in maniera uniforme nel gruppo sperimentale. Di talché, ad essere *ideale* nelle linee guida, non è solo il percorso terapeutico da intraprendere per curare la patologia, ma lo è persino il *paziente*, che, a differenza di quanto soventemente accade nella realtà, è (quasi sempre) malato solo e soltanto di *quella* patologia. È proprio per questa ragione che, spesso, la "multimorbidity" mette in crisi le linee guida, costruite su una sola malattia, e, conseguentemente, come si è osservato, ogni modello di accertamento delle responsabilità penale che aspiri a fondarsi (quasi) esclusivamente su di esse¹³⁷.

La "clausola di adeguatezza", rinforzata (forse senza cogliere l'importanza della modifica) nel passaggio della legge dalla Camera al Senato, sembra aver contribuito a frustrare l'operatività dell'art. 590-*sexies*, dal momento che in medicina i casi di "multimorbidity" non sono l'eccezione, ma la prassi.

Non a caso, anche la stessa sentenza "De Luca-Tarabori" ha affrontato il tema, sottolineandone la capacità di mettere in scacco nella gran parte dei casi le indicazioni di massima contenute nelle linee guida. La Corte, tuttavia, non si è spinta in un tentativo di soluzione di queste – ineludibili – problematiche, che verranno affrontate dalla prossima giurisprudenza di merito come di legittimità.

¹³⁶ Sul tema, M. BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, cit., 3 ss.

¹³⁷ Non a caso, la prassi propone oggi i c.d. "SCAMPS" (*Clinical Assessment And Management Plans*), che – semplificando – sono percorsi terapeutici "personalizzati". Per un maggiore approfondimento, C. SCORRETTI, *Il perché di questo seminario sulle linee guida*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, cit.

Allo stato, quindi, come già più volte ripetuto in queste pagine, non resta che constatare come la colpa penale ed il suo accertamento nel settore medico guadagnino ben poco – se non una maggiore incertezza – dal ricorso alle linee guida proprio delle ultime riforme.

2.5.3. *La sentenza “De Luca-Tarabori”:* il caso di un inedito “rimpianto” giurisprudenziale

È proprio in forza delle difficoltà nella lettura di quel “rompicapo” interpretativo che è l’art. 590-*sexies* c.p., nonché dei fondati “timori” relativi al passo indietro rispetto al decreto “Balduzzi”, che si è creata grande attesa per la prima decisione della Corte dopo la riforma; attesa alimentata, forse, anche dalla speranza che, come accaduto per l’art. 3 del decreto “Balduzzi”, fosse la stessa Corte a far luce su un dato letterale estremamente complesso, quasi enigmatico, chiarendone i margini applicativi apparsi, invece, pressoché inesistenti agli occhi dei primi commentatori. In altre parole, ci si attendeva, vista anche la composizione del Collegio – una sorta di “Sezioni Unite” della quarta Sezione penale –, una nuova “Cantore”¹³⁸.

¹³⁸ Il Presidente (e “co-estensore”) Blaiotta è l’estensore della fondamentale sentenza “Cantore” (Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2013), nonché della “Stefanetti” (Cass. Pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in questa *Rivista*, 2015, 1141 ss.), che per prima ha ammesso l’applicabilità della “Balduzzi” anche a casi di negligenza, ribaltando così un orientamento espresso per la prima volta in “Pagano” (Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, in questa *Rivista*, 2013, 691 ss.), prima pronuncia della Corte dopo la conversione in legge del decreto “Balduzzi” a fine 2012 a firma della Dott.ssa Piccialli, membro del Collegio che ha deciso il caso in esame. A firma dello stesso estensore è anche la nota sentenza “Ingrassia” (Cass. Pen., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in questa *Rivista*, 2013, 191 ss.), ultima sentenza prima dell’avvento della “Balduzzi” e da apprezzare per il proprio riepilogo sistematico sull’impatto delle linee guida nell’ambito dell’accertamento della colpa penale del medico. Il Dott. Montagni, relatore nel caso in commento è, invece, tra le altre, l’estensore della motivazione in “Denegri” (Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016) pronuncia che ha permesso di superare

In effetti, la Cassazione non si è sottratta al proprio ruolo ermeneutico, interrogandosi in profondità su ogni aspetto di criticità dell'art. 590-*sexies* c.p. Come preventivabile però, e d'altronde, forse, in questo caso non era possibile pretendere qualcosa di diverso, come già preannunciato la Corte ha sostanzialmente aderito alle perplessità già evidenziate in dottrina, denotando sin dalle battute iniziali un certo disagio nel pervenire ad una lettura soddisfacente del nuovo art. 590-*sexies* c.p., che suscita «alti dubbi interpretativi» e presenta «incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo» (par. 7).

E, difatti, l'esito del percorso interpretativo sviluppato dalla Corte è quello che tutti temevano: l'art. 590-*sexies* c.p. – conclude la motivazione – eliminando ogni riferimento al grado della colpa, reca con sé una disciplina in ogni caso meno favorevole di quella introdotta nel 2012. Pertanto, con riguardo ai fatti accaduti prima dell'entrata in vigore della riforma, continuerà a trovare sempre applicazione, qualora siano state osservate le linee guida, il criterio di imputazione della colpa grave previsto dall'art. 3 del decreto “Balduzzi”.

Con riferimento al rischio, già «messo in luce dagli studiosi», che la nuova norma affermi un'ovvietà, la Corte ha ammesso che il tenore letterale della nuova disposizione codicistica potrebbe persino consentire, in via astratta, di non punire il sanitario che ha commesso un errore grossolano. Tuttavia, nella prospettiva della sentenza, una simile impostazione, che esenterebbe da responsabilità penale anche per una colpa particolarmente grave il sanitario imperito nell'attuare le linee guida, darebbe luogo ad un contrasto con i principi di ragionevolezza e colpevolezza¹³⁹. Allo stesso tempo,

definitivamente l'idea che la colpa grave fosse criterio di imputazione per le sole violazioni cautelari dovute ad imperizia.

¹³⁹ Come rilevato da M. CAPUTO, 'Promossa con riserva'. *La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre'*, cit., 738, suscita qualche

ammettere la non punibilità del sanitario anche in casi di colpa “grossolana”, rischierebbe di “vulnerare l’art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse finalità dichiarate dalla legge” (par. 7.3).

All’esito del percorso ermeneutico sviluppato, dopo una lunga e dotta digressione sulle linee guida e sul ruolo da assegnare loro nel giudizio di responsabilità penale del sanitario, l’evidente difficoltà nel mettere a fuoco i confini applicativi dell’art. 590-*sexies* c.p. ha indotto la Corte a prendere una posizione netta sui profili intertemporali. Rispetto alla disciplina penale del decreto “Balduzzi”, scomparsa la graduazione della colpa, la previsione dell’attuale art. 590-*sexies* c.p. risulterebbe sempre meno favorevole, di talché non potrebbe mai trovare applicazione nei casi precedenti alla data della sua entrata in vigore.

In fin dei conti, dalla sentenza in commento l’art. 590-*sexies* c.p. sembra uscire, almeno a tratti, come una “regola di parametrizzazione” della colpa penale in ambito sanitario, da intendersi come una mera declinazione (verrebbe da dire: una *linea guida* sull’applicazione) dell’art. 43 c.p., che ripropone a livello normativo quanto già affermato dalla sentenza “Ingrassia”.

Non è stata quindi, una “Cantore”. Ma, anche se è finita per comprimere fino al nulla lo spazio applicativo della riforma, la sentenza presenta un passaggio finale di grande interesse.

Come già anticipato, nel paragrafo conclusivo la Corte richiama quanto già affermato più volte dalla stessa IV Sezione penale, cioè che il criterio di affermazione della responsabilità civile del prestatore d’opera previsto dall’art. 2236 c.c. potrebbe continuare a dispiegare effetti nel giudizio penale, non tanto per effetto di un suo puro e diretto recepimento, quanto, piuttosto, “come regola di esperienza cui attenersi per valutare l’addebito di

perplessità l’accenno della sentenza al principio di colpevolezza non già come limite alla punibilità, ma piuttosto “*contra reum*”.

imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà” (par. 11.1).

Questo apprezzabile tentativo di recuperare qualche spazio per la graduazione della colpa, che assume le sembianze di una sorta di “controriforma” della Cassazione, impone di sviluppare alcune riflessioni.

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento già noto, il quale, tuttavia, sembra aver riscosso negli anni più consensi ed adesioni in dottrina che presso la stessa giurisprudenza, di legittimità e di merito¹⁴⁰.

Almeno due sono, infatti, gli ostacoli che sembrano frapporsi ad un riconoscimento frequente dell’irrelevanza penale della colpa lieve dovuto alla “speciale difficoltà” del caso affrontato.

In primo luogo, non è agevole stabilire quando il caso clinico possa definirsi, appunto, di “speciale difficoltà”. A giudizio di chi scrive, le peculiarità dell’*ars medica* e la volubilità di ogni situazione clinica - le stesse che impongono di ritenere che le linee guida non esauriscono l’orizzonte cautelare - potrebbero ben giustificare una concessione della “patente” di speciale difficoltà meno rigida rispetto ad altri settori. Del resto, la ricerca di uno statuto speciale per la colpa medica si fonda anche e soprattutto sul fatto che ogni paziente “in carne ed ossa” è diverso dall’altro, nonché sulla non perfetta riproducibilità delle reazioni fisiologiche alle terapie. Si ritiene, inoltre, che a rendere il caso di “speciale difficoltà” potrebbero concorrere anche le condizioni “ambientali” nelle quali il sanitario ha operato: può ben darsi, ad esempio, che un intervento del tutto *routinario* risulti complesso in forza della particolare urgenza con cui viene svolto o, caso più frequente di quanto non si creda, in ragione di carenze organizzative o strutturali. A prescindere da queste prime considerazioni, appena abbozzate, è evidente come i criteri per stabilire il grado di colpa applicabile caso per caso siano tutti ancora da plasmare, col rischio che la

¹⁴⁰ Si vedano le note nel § 2.1.

“speciale difficoltà” risulti essere confine molto meno tassativo dell’osservanza delle linee guida prescritto dall’art. 3 del decreto “Balduzzi”. Non è, forse, nemmeno casuale che il caso affrontato dalla Corte sia maturato in ambito psichiatrico, contesto connotato quasi sempre da “speciali difficoltà” nel comprendere le reazioni dei pazienti alle cure e prevedere comportamenti auto ed etero aggressivi. Per questo, delle rare applicazioni dell’art. 2236 c.c. hanno spesso beneficiato proprio medici psichiatri.

In secondo luogo, altro imponente scoglio alla concreta diffusione dell’orientamento proposto dalla Corte è quello - su cui ci si è già dilungati - dell’imperizia. Come già specificato, storicamente, l’associazione tra colpa grave ed imperizia, che ha comportato la sostanziale paralisi della “Balduzzi”, è maturata proprio nell’alveo del dibattito sull’art. 2236 c.c. Di talché, tutte le perplessità espresse in precedenza possono essere qui integralmente richiamate.

In definitiva, tra tutte queste incertezze pratiche sembra, comunque, emergere un’indicazione piuttosto chiara: anche la migliore giurisprudenza di legittimità è ormai propensa - certo, con maggiore prudenza rispetto alla dottrina - all’innalzamento del grado della colpa penale in ambito medico. Si legge, infatti, al par. 7.3: “è ben vero che l’ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell’ambito della formazione e dell’interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità, anche in chiave limitativa”.

L’affermazione, peraltro, avviene proprio nella parte della sentenza in cui gli estensori si interrogano sulla conformità ai principi costituzionali della lettura secondo cui l’art. 590-*sexies* c.p. sancirebbe l’irrelevanza penale anche delle condotte connotate da imperizia grave, ma avvenute nel rispetto delle linee guida. La Corte, quindi, si dice favorevole - forse, per la prima volta in termini così espliciti - ad uno statuto speciale della colpa penale nelle attività sanitarie.

La tecnica normativa per addivenire a tale “differenziazione” è la graduazione della colpa, nella prospettiva di una restrizione della punibilità alle sole ipotesi gravi. Anche sotto questo profilo, la Corte si è mostrata favorevole alla ricerca di nuove soluzioni, dando persino atto che “pure in ambito internazionale si mostrano soluzioni differenziate, prevalentemente caratterizzate dalla limitazione della responsabilità alla colpa grave o dal favore per strumenti propri del diritto civile” (par. 7.3).

2.5.4. (segue): *Una proposta alternativa all’interpretazione della Corte per la sopravvivenza della colpa grave*

Uno dei commenti alla sentenza appena esaminata si intitola *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*. Cogliendo questo invito, e cercando di rimanere entro il sentiero ermeneutico tracciato dalla sentenza “De Luca-Tarabori”, occorre chiedersi se possa esserci spazio per una lettura dell’art. 590-*sexies* c.p. che non si esponga alle censure di illegittimità costituzionale prospettate dalla Corte, ma che, al contempo, cerchi di valorizzare quell’impulso ad una limitazione della responsabilità penale del sanitario che indubitabilmente ha animato il legislatore e di cui si trova traccia evidente anche nella formulazione della nuova disposizione codicistica¹⁴¹.

Gli elementi chiave su cui ragionare per sviluppare questa complicata operazione paiono decisamente quelli del “rispetto” e dell’“adeguatezza” delle linee guida.

In altra sede, chi scrive ha cercato di schematizzare la casistica della “colpa sanitaria” (pur) in adesione alle linee guida – discorso analogo dovrebbe

¹⁴¹ In merito, si vedano le considerazioni di G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia*, cit., 7. La tesi qui riproposta è stata già più dettagliatamente esposta in G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1373.

valere anche per le buone pratiche – in tre gruppi: adempimenti opportuni ma imperfetti, adempimenti opportuni ma non sufficienti e adempimenti non opportuni.

Consideriamo (di nuovo) queste ipotesi in successione.

Il sanitario che selezioni correttamente la linea guida da applicare nel caso concreto, ispirandosi cioè a raccomandazioni pertinenti rispetto alle esigenze del paziente, potrebbe commettere un errore nell'esecuzione (o, se si preferisce, nell'attuazione o adattamento) di tali raccomandazioni. In tali casi, esonerare da responsabilità penale il sanitario anche a fronte di un errore grossolano condurrebbe effettivamente ad un risultato discutibile dal punto di vista del rispetto di diversi principi costituzionali. Tuttavia, non si vede perché non si possa considerare esclusa la responsabilità penale, proprio in applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p., quando l'errore esecutivo sia lieve. Se, infatti, tale (minima) inadeguatezza del sanitario – questa volta non della linea guida – si verifica nel dare attuazione ad una raccomandazione di comprovata validità scientifica e apprezzabilmente eletta dal sanitario quale faro per la propria prestazione, quantomeno la *ratio* (l'impronta culturale) della riforma sembrerebbe poter ammettere il ritrarsi della censura penale. Solo una lettura rigorosissima del problematico requisito del rispetto della linea guida precluderebbe qui l'operatività della nuova disposizione codicistica.

Quando l'errore esecutivo è grossolano, spesso non c'è forse nemmeno bisogno di invocare la violazione del principio di ragionevolezza e degli altri canoni costituzionali indicati dalla Corte, in quanto parrebbe opporsi all'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p. un limite testuale espresso già dalla norma stessa: errore grave, in questi termini, potrebbe appunto leggersi quale sinonimo di mancato rispetto della linea guida. Se invece l'errore, pur risultando decisivo per la verifica dell'evento, consiste in una minima divergenza dal miglior paradigma attuativo della linea guida alla quale opportunamente è comunque rimasto idealmente fedele il sanitario,

quest'ultimo non dovrebbe essere giudicato con estrema severità, potendosi ugualmente ritenere rispettata la linea guida. In casi del genere, difficilmente potrebbero considerarsi le linee guida del tutto “estranee al momento topico” di realizzazione dell'imperizia, cioè, per dirla con parole altrettanto impiegate dalla Corte, non si potrebbe sostenere che le condotte decisive per la verifica dell'evento non fossero “per nulla disciplinate in quel contesto regolativo” dalle linee guida. L'evento non avverrebbe *per colpa* delle linee guida – non si manifesterebbe cioè in ragione di una inadeguatezza sul piano cautelare delle raccomandazioni lì contenute – ma maturerebbe comunque *nell'ambito* del loro (non impeccabile) impiego.

Quella appena proposta in relazione alla casistica degli “adempimenti opportuni ma imperfetti” rappresenta una soluzione interpretativa “di equilibrio”, nel senso che pare in grado di evitare effetti manifestamente irragionevoli e, al contempo, sembra riuscire a mantenere un aggancio al testo legale, valorizzandone i propositi “deflattivi” in favore del sanitario allineato al sapere scientifico ufficialmente accreditato. Il “premio” per la corretta individuazione e per l'adesione alle linee guida pertinenti sarebbe dunque una certa tolleranza nel valutarne la messa in pratica. Del resto, se si legge la nuova disposizione codicistica alla luce dell'art. 5, comma 1, legge “Gelli-Bianco”, in base a cui “gli esercenti le professioni sanitarie [...] *si attengono*, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida”, sembrerebbe ricavarsi una conferma del fatto che la sostanziale adesione alla linea guida, ancorché macchiata da lievi imprecisioni, soddisfi il requisito del loro rispetto¹⁴².

Si potrebbe così ottenere, indirettamente, un recupero dell'importanza della graduazione della colpa, peraltro in termini assonanti rispetto a quanto già

¹⁴² Per una posizione analoga, G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, cit., 6 ss.

previsto dall'art. 3 del D.L. "Balduzzi"¹⁴³. Si tratta, a ben vedere, di un risultato perseguito anche dalla stessa Corte nelle battute conclusive della sentenza in commento, ancorché passando attraverso una valorizzazione della regola espressa dall'art. 2236 c.c., come si dirà meglio più avanti.

Rispetto agli adempimenti opportuni ma non sufficienti, dovuti spesso alla condizione di "comorbilità" che affligge il paziente, pare problematica l'inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p. delle ipotesi di rispetto di una linea guida ma non di un'altra (non incompatibile con la prima e) altrettanto bisognosa di essere messa in pratica nel caso concreto, perché in tal caso sarebbe forse ancor più arduo che nei casi di adempimenti opportuni ma imperfetti ritenere soddisfatto il requisito del rispetto delle linee guida. Se, invece, i profili di imperizia si innestano sull'opportuno rispetto di una linea guida e il caso concreto avrebbe semplicemente richiesto di fare qualcosa di più (che appunto non è stato fatto), si affaccia il rischio che un "premio" per l'adesione al sapere scientifico ufficialmente accreditato sia troppo generoso, considerato che - volendo mantenere aderenza alla criteriologia della Corte - in situazioni del genere tende a svanire quel nesso stretto tra la disciplina regolativa delle linee guida e l'ambito in cui si è sviluppata l'imperizia.

Gli adempimenti inopportuni, infine, cioè le ipotesi di adesione a linee guida non pertinenti, sembrano trovare uno sbarramento alla luce del necessario rispetto del requisito espresso dell'adeguatezza, che non sarebbe soddisfatto quando le esigenze del paziente richiedevano di discostarsi, *ab origine* oppure "strada facendo", dalle raccomandazioni delle stesse linee guida. Si tratta di capire se qui la preclusione sia del tutto rigida oppure se possa essere letta con flessibilità analoga a quella prospettata per la valutazione del requisito del rispetto delle linee guida con riferimento agli adempimenti

¹⁴³ Possibilista sulla sopravvivenza di una graduazione della colpa in questi frangenti già C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 11; ID, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., n. 5, 1773-1774.

opportuni ma imperfetti. Una soluzione di quest'ultimo tipo, ancorché astrattamente coerente con la logica di non penalizzare troppo il sanitario aderente alle raccomandazioni ufficialmente accreditate (valide almeno in astratto), “stira” forse troppo il dato legale espresso e pare essere preclusa anche dalla Corte, la quale, valorizzando appunto le differenze testuali rispetto alla disciplina “Balduzzi” (che non parlava apertamente di adeguatezza), conclude nel senso che “quando le linee guida non sono appropriate e vanno quindi disattese, l’art. 590-*sexies* cit. non viene in rilievo e trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 cod. pen.” (par. 8.1).

2.5.5. Uno statuto “super speciale” per la colpa medica. L'improvvisa apertura della Cassazione alla non punibilità di ipotesi di colpa grave

Di tutt'altro tenore la motivazione della più recente sentenza “Cavazza”, fin dallo stile: l'approfondimento e l'argomentazione propri della “Tarabori” lasciano il passo ad un incedere più asciutto e sintetico, ma, comunque, molto incisivo¹⁴⁴.

La tesi sostenuta è, infatti, immediatamente percepibile dal lettore e – aspetto del tutto peculiare, dal momento che la Corte non ha fatto applicazione della nuova normativa e, soprattutto, non ha annullato con rinvio la sentenza d'appello – è stata riassunta dall'estensore in un vero e proprio principio di diritto, secondo il quale il nuovo articolo 590-*sexies* c.p. «prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria

¹⁴⁴ Per un primo commento della pronuncia, C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, cit.

operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse».

Viene dunque ricollegata all'osservanza delle linee guida una causa di esclusione della punibilità di tipo oggettivo, che si colloca al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza: «la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell'ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva» (§ 7).

A tanto si arriva attraverso una massima valorizzazione dell'interpretazione letterale della nuova norma, che ha accantonato la graduazione della colpa proposta, invece, dalla riforma "Balduzzi". Si tratta, nientemeno, di quell'impostazione che nella sentenza "Tarabori" veniva rifiutata in forza di una probabile divergenza sotto diversi profili (ragionevolezza, colpevolezza, tutela della salute) dalla carta costituzionale.

Anche la sentenza "Cavazza" si dimostra consapevole che esentare da pena anche forme di grave imperizia può essere operazione indiziata di incostituzionalità («potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza lieve»; § 7), ma procede oltre in quanto i dubbi sollevati dal precedente non assumono rilevanza nel caso di specie (come d'altronde, a voler essere precisi, anche la stessa riforma "Gelli-Bianco", posto che nella ricostruzione del caso esaminato non viene mai fatto riferimento all'osservanza delle linee guida).

Oltre che delle tensioni a livello costituzionale, la sentenza appare cosciente anche dell'obiezione di fondo che si può muovere all'interpretazione accolta secondo la quale «in presenza di colpa grave, sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario» (§ 7). Sul punto, tuttavia, in linea con l'impostazione complessiva, e similmente a quanto avvenuto con riguardo ai profili di costituzionalità, la Corte si è limitata a contraddire tale rilievo senza argomentare, procedendo nella strada tracciata.

La decisione è criticabile sotto diversi aspetti. Su un profilo, però, essa coglie nel segno. Non pare essere in discussione nemmeno che quella accolta, pur senza sciogliere il dubbio sulla sua costituzionalità, dalla sentenza "Cavazza" sia l'interpretazione più aderente alle intenzioni del legislatore.

A ulteriore conferma di quest'affermazione, sia consentito qui proporre anche una considerazione che non si rinviene nel tessuto argomentativo di entrambe le sentenze. Nella prima versione dell'art. 590-*sexies* c.p. approvata dalla Camera (poi "stravolta" in Senato), infatti, si stabiliva come criterio generale di imputazione in ambito sanitario quello della colpa grave; poi, al secondo comma, si specificava che «agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle *linee guida* come definite e pubblicate ai sensi di legge». Presumendo la colpa (*rectius*: l'imperizia) lieve nei casi di osservanza delle linee guida, di fatto, il legislatore sembra mirasse proprio allo stesso effetto che si attribuisce ora alla norma: quello di esentare in ogni caso di imperizia maturata nell'osservanza delle linee guida.

2.5.6. *Il lato migliore della “Gelli-Bianco”*: l’art. 16. Verso un cambio di mentalità?

Prima di avviarsi all’esposizione delle conclusioni ricavabili dalla complessiva indagine sulla riforma “Gelli-Bianco”, occorre prenderne in esame un’ultima norma dalla chiara rilevanza penalistica (e processual-penalistica), la quale, nonostante la sua posizione in fondo all’articolato potrebbe farla quasi passare inosservata, sembra invece destinata a “fare discutere”. Si tratta dell’art. 16, comma 1, a norma del quale «all’art. 1, comma 539, lettera a) della legge 28 dicembre 2015, n. 208, il secondo periodo è sostituito dal seguente: “i verbali e gli atti conseguenti all’attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell’ambito di procedimenti giudiziari”».

In effetti, la legge n. 208 del 2015, all’art. 1, comma 538 aveva sancito il principio della prevenzione e gestione del rischio come interessi prioritari del Sistema Sanitario Nazionale. Il comma 539, lett. a), tuttavia, prevedeva: «ai verbali e agli atti conseguenti all’attività di gestione aziendale del rischio clinico, svolta in occasione del verificarsi di un evento avverso, si applica l’art. 220 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». Di talché, per via del richiamo all’art. 220, relativo alle «attività ispettive e di vigilanza», nel caso nel corso di tali attività di gestione del rischio clinico – e nella specie, gli *audit*, le *peer review*, il *mortality and morbidity* – emergessero indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro fosse utile potevano essere compiuti con l’osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale. In altre parole, i risultati delle indagini interne per la comprensione e lo studio degli errori erano a disposizione delle autorità inquirenti, pronte a confluire nei processi penali quali prove incolpanti il sanitario.

L'art. 16, comma 1, della legge "Gelli-Bianco" interviene proprio al fine di escludere quest'evenienza. Il discorso sul punto non può dilungarsi più di tanto, ma è bene specificare come la scelta del legislatore appaia condivisibile e, soprattutto, coerente con le generali finalità di istituire un sistema di prevenzione degli errori fondato sulla gestione e lo studio del rischio.

È ormai risaputo, infatti, come il "*Risk Management*" ed il diritto penale abbiano approcci opposti – per non dire agli antipodi – quanto all'indagine degli errori¹⁴⁵. Il primo, in caso di evento avverso, si ripromette di comprendere a fondo la genesi e le dinamiche dell'errore sanitario e, per farlo, necessita della collaborazione dei protagonisti, gli unici che possono contribuire a spiegarne determinati profili. Tale collaborazione, per forza di cose, spesso passa per l'ammissione dell'errore, o, quantomeno, comporta il rischio che all'esito delle verifiche emerga un errore di colui che ha cooperato per far luce sull'accaduto. Nel procedimento penale, invece, i protagonisti dell'incidente vengono accusati di aver cagionato l'evento avverso. Non hanno alcun obbligo di collaborazione, ma anzi il diritto di difendersi dalle contestazioni. L'accertamento, in quest'ottica di contrapposizione, perde gran parte delle informazioni disponibili per comprendere al meglio l'incidente, quelle in possesso del sanitario. Ed è proprio sulla scorta di questo argomento, tra gli altri, che da anni viene

¹⁴⁵ Da un lato, infatti, istanze punitive, dall'altro, la volontà di incrementare il livello di sicurezza. Su questi aspetti, si rinvia ancora a C. SCORRETTI, *Il Clinical Risk Management oggi*, cit., *passim*. Questa differenza di prospettive è spiegata in modo molto chiaro anche da A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del sanitario*, cit., 375: «Se vi è un incidente sospetto colposo il magistrato vuol giungere alla verità oltre ogni ragionevole dubbio. Quindi esaminerà quel che è accaduto in questa ottica, acquisendo gli atti formali, quali fondamentalmente le cartelle; poi sentirà gli interessati. Nella stessa situazione i medici non hanno alcun interesse a definire la colpa e quindi l'eventuale sanzione. Ai medici interessa capire cosa è che è andato storto in modo da evitare che lo stesso fenomeno con conseguente possibile danno colpisca il successivo paziente. Se un farmaco deve essere somministrato in pochissimi secondi occorre che sia al suo posto. Se ne è derivato un danno il magistrato vorrà sapere di chi è la colpa del farmaco fuori posto. Il medico vuol individuare un immediato, dicesi immediato, correttivo perché il farmaco si trovi e non accada di nuovo questo disguido».

auspicato un arretramento del diritto penale dall'ambito degli incidenti verificatisi nelle organizzazioni complesse, la cui prevenzione sarebbe meglio perseguita dagli strumenti tipici della gestione del rischio¹⁴⁶.

Peraltro – si tratta anche in questo caso di argomento ormai noto – il diritto penale si occupa di responsabilità individuali, che, talvolta, vengono perseguite anche forzando alcune sue categorie; i sistemi di studio della gestione del rischio, al contrario, estendono la propria indagine anche all'organizzazione, nel cui alveo molto spesso maturano le vere cause scatenanti dell'incidente¹⁴⁷.

Ciò premesso, appare coerente con una legislazione sempre più improntata alla gestione e prevenzione del rischio la previsione che gli atti sorti in quel contesto non possano rivestire un ruolo probatorio (e accusatorio) nei processi penali. Se così non fosse, le procedure di “*Clinical Risk Management*” non potrebbero più contare su un elemento fondamentale come la collaborazione degli operatori sanitari, troppo preoccupati per un successivo utilizzo degli atti nell'eventuale processo penale per aiutare effettivamente nella ricerca delle cause dell'evento avverso. Dopotutto, anche in tempi recenti vi sono stati casi giudiziari di medici, specie in posizioni di direzione, ritrovatisi unici imputati nel processo dopo che si erano attivati per chiarire le ragioni di un decesso nel reparto di competenza¹⁴⁸. È chiaro, dunque, che la norma introdotta dall'art. 16, comma 1, della nuova legge si pone come necessaria per non “frustrare” la

¹⁴⁶ Un “classico” in materia, peraltro incentrato su tematiche sanitarie, è (nella traduzione italiana) A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, Milano, 2004. Nella dottrina italiana, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

¹⁴⁷ Su questi aspetti, M. CATINO, *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 917 ss. Nella dottrina penalistica, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 63; G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale “per colpa”*: una ricognizione interdisciplinare, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 97 ss.

¹⁴⁸ Il riferimento è al caso deciso da Cass. pen., IV Sez., 3 dicembre 2015, n. 2541 (rel. Gianniti, imp. Galli), in *Riv. it. med. legale*, 2016, 729 ss., con nota propria: G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, 737 ss.

recente politica legislativa incentrata sulla prevenzione e gestione del rischio sanitario, che senza l'apporto dei suoi principali attori – gli operatori sanitari – rischierebbe di risultare ineffettiva.

Su tutti questi profili non si mancherà di tornare anche in seguito, dal momento che si tratta di sollecitazioni culturali che derivano dal mondo anglosassone, che sarà protagonista dei prossimi capitoli.

Per il momento, invece, sembra il caso di esprimere un giudizio complessivo su questo tortuoso cammino della colpa grave in Italia.

2.6. Le prime conclusioni: la prevalenza delle linee guida e la fine della Liaison con la colpa grave

Questo, quindi, l'elaborato “stato dell'arte” sul grado della colpa punibile in ambito medico.

In altra sede, chi scrive ha definito il nuovo art. 590-*sexies* c.p. come una “*Recipe for disaster*”. Pur trovando stucchevole la critica a priori dell'operato del legislatore (di qui anche il “*focus*” dell'ultimo paragrafo), si ritiene che in questo frangente essa sia inevitabile.

Pochi mesi di applicazione di questa nuova norma e già la sua interpretazione – si badi: l'interpretazione del suo significato più profondo, non di un aspetto marginale – è stata rimessa alle Sezioni Unite.

Gli ingredienti della “ricetta” sono quelli che avevano già guastato il sapore del primo intervento di riforma, il decreto Balduzzi: le linee guida, l'imperizia.

Ma se mentre del paradosso “Balduzzi” si era venuti a capo, di quest'ultimo sembra difficile una soluzione intermedia – che, comunque, si è proposta anche in queste pagine – e non che la soluzione del paradosso passi o per

una interpretazione della norma di fatto “sterilizzante” (sentenza “Tarabori”) o una sua dichiarazione di incostituzionalità (sentenza “Cavazza”).

Si è parlato di “vittoria dei lineaguidari”. È senz’altro vero: come dimostrato nei paragrafi che precedono, le linee guida non aggiungono chiarezza e prevedibilità all’accertamento della colpa penale in ambito medico. In compenso, l’aver strutturato testi di legge su di esse e, soprattutto, aver condizionato ad esse l’operatività delle norme di favore, costituisce la più grave *imperizia* del legislatore, che avrebbe potuto fare tesoro anche dell’esperienza della (sperimentale) normativa precedente.

Per risolvere ogni problema, sarebbe stato sufficiente un nuovo articolo del seguente tenore: «l’esercente la professione sanitaria risponde solo per colpa grave».

Si tratta, più o meno, di quanto è avvenuto in Nuova Zelanda esattamente 20 anni fa. Proprio da questa riforma, poco nota nella letteratura italiana sul tema, occorre prendere le mosse per la comparazione con il mondo di *Common Law*.

III. Una prima “escursione” comparatistica: il caso della Nuova Zelanda

3.1. Introduzione. L'esperienza neozelandese – 3.2. Dallo Stephen's Code del 1879 alla prima Prosecution del 1982 – 3.3. Alcuni casi – 3.3.1. Yogasakaran: una tragica emergenza – 3.3.2. (segue): alcune brevi considerazioni a margine del caso Yogasakaran – 3.3.3. Mr Arnott, dentista (forse) negligente – 3.3.4. Mai (affidarsi. Il caso del radiologo Morrison – 3.4. Il punto sulle Prosecutions: dati statistici, cause ed effetti – 3.5. (segue): Un esempio di medicina difensiva – 3.6. Il New Zealand Medical Law Reform Group e la riforma del 1997 – 3.7. Lo spazio libero dal diritto penale e le alternative all'incriminazione: tra procedimenti disciplinari e riabilitazione – 3.8. Conclusioni. La “lezione” della Nuova Zelanda

3.1. Introduzione. L'esperienza neozelandese

Nel capitolo appena concluso sono stati analizzati quelli che potrebbero un domani risultare – questo almeno l'auspicio – i primi passi dell'ordinamento italiano nella direzione della depenalizzazione della colpa lieve.

Come si è osservato, si tratta di un “cammino” tutt'altro che lineare, che ha interessato un solo settore della responsabilità colposa – quello medico – e, soprattutto, che è già incappato in un primo e inatteso “dietro front”. A discapito delle esaminate incertezze legislative, apparse spesso fortuite se non persino contrarie agli stessi intenti dichiarati (la colpa grave è scomparsa con la medesima dose di casualità con cui era improvvisamente penetrata nell'ordinamento!), il clima “culturale” si è, invece, dimostrato

decisamente propenso all'abbandono della sanzione penale per i sanitari "colpevoli" di errori di lieve entità¹⁴⁹.

La dottrina italiana è stata, salvo qualche rara eccezione, unita nell'accogliere con favore riforme non certo impeccabili ma animate da scopi deflativi. Non solo. Come si è precisato, anche la migliore giurisprudenza di legittimità ha dato i primi segnali di apertura, per quanto prudenti, ad uno statuto speciale della colpa medica, al punto che nella prima sentenza del *post* "Gelli-Bianco" viene ammessa espressamente la legittimità costituzionale di un'ipotetica soluzione legislativa volta a riconoscere l'irrelevanza penale dei casi di *Malpractice* non grave¹⁵⁰.

Proprio queste prese di posizione sembrano le note più positive del cammino normativo intrapreso e lasciano sperare – se non proprio presagire – che l'arresto, imprevedibile e inspiegabile, su una soluzione dal precario equilibrio quale quella dell'art. 590-*sexies* possa costituire un mero incidente di percorso. Non a caso, la prima versione della stessa legge "Gelli-Bianco" proseguiva nel solco della riforma "Balduzzi", ampliando notevolmente l'operatività del criterio di imputazione della colpa grave attraverso una sua estensione generale a tutti i casi di responsabilità in ambito sanitario.

In questa fase di stallo, nella quale, almeno nell'immediato, pare improbabile un nuovo mutamento a livello legislativo, è possibile interrogarsi sulle ragioni che impongono di proseguire il cammino iniziato, anche giovandosi del confronto con le analoghe esperienze di altri ordinamenti.

In questa prospettiva, il panorama giuridico europeo offre allo studioso che intenda "guardarsi attorno" alcuni esempi di percorsi assimilabili a quello

¹⁴⁹ L'aggettivo "colpevoli" è usato qui in senso atecnico. Come si osserverà nel proseguo del lavoro, infatti, per quanto riguarda i casi di colpa semplice, spesso è proprio la possibilità di individuare la colpevolezza (questa volta, in senso tecnico) dell'agente a destare le maggiori perplessità.

¹⁵⁰ Del resto, tale posizione era già stata precedentemente anticipata in via "dottrinale". Cfr. R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, cit., 313 ss.

che ha provato ad intraprendere il legislatore italiano. Francia ed Austria, in particolare, hanno avviato da alcuni anni un dibattito sulla criminalizzazione dell'errore medico, dibattito poi sfociato, in tempi recenti, nella previsione di normative di speciale favore per la classe medica fondate sulla differenziazione del grado di colpa punibile¹⁵¹. Non si mancherà di fare cenno alle riforme attuate Oltralpe; tuttavia, per lo sviluppo del presente lavoro, anche in forza del tempo trascorso, che consente di apprezzare in modo più distaccato e complessivo la portata delle novità introdotte, nonché di valutarne gli effetti nel lungo periodo, sembra più interessante volgere lo sguardo ad un esempio proveniente dal mondo anglosassone.

Come si è più volte accennato, nella tradizione di *Common Law*, in linea di principio una responsabilità per colpa lieve può portare soltanto a conseguenze sul piano civilistico¹⁵². La *Criminal Law*, infatti, si interessa esclusivamente dei casi in cui la “*Carelessness*” è stata accompagnata dalla previsione dell'evento – ed, allora, generalmente si configura la *Recklessness* – oppure di quelli in cui la *Negligence* è stata “*Gross*”, ovvero talmente grave da poter essere considerata, appunto, “criminale”¹⁵³.

A questo quadro generale, tratteggiato qui solo a grandi linee, ha fatto per molti anni eccezione un solo Paese di *Common Law*, la Nuova Zelanda¹⁵⁴. Cosa può insegnarci una giurisdizione di poco meno di 4 milioni di persone,

¹⁵¹ Per la Francia si veda l'analisi della riforma di S. PORRO, *La faute qualifiée nel diritto penale francese*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, 63 ss.; per l'Austria, invece, M. HELFER, *La colpa grave quale categoria espressamente prevista nello StGB austriaco. Un esempio da seguire?*, in corso di pubblicazione.

¹⁵² Si tratta di aspetti meglio precisati in seguito. Per il momento, sia consentito rinviare ad uno dei migliori esempi della manualistica britannica, A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 7th ed., 2013, 181 e ss., 285 e ss.

¹⁵³ Si è qui semplificata la definizione, c.d. “circolare”, contenuta nella nota sentenza *Adomako* [1995] 1 AC, 187. Il *Murder* (assassinio) ed il *Manslaughter* (l'equivalente, pur con moltissime e diverse sfumature, del nostro omicidio colposo) sono tra le rare fattispecie ad essere ancora definite dalla *Common Law* e non da leggi scritte (*Statutes*).

¹⁵⁴ Per orientarsi nel diritto penale neozelandese, il manuale principale è A.P. SIMESTER, W. BROOKBANKS, *Principles of Criminal Law*, Wellington, Thomson Reuters, 4th ed., 2012.

esattamente dall'altra parte del mondo e, per di più, facente capo ad una tradizione giuridica molto diversa dalla nostra? In realtà, moltissimo¹⁵⁵.

Nelle ultime due decadi del '900, infatti, i medici neozelandesi sono stati protagonisti di una improvvisa sovraesposizione giudiziaria, frutto di un improvviso aumento delle *Prosecutions per Medical Negligent Manslaughter*¹⁵⁶. Le ragioni dell'incremento nel numero dei processi sono diverse, ma esso può essere principalmente attribuito ad un mutamento di rotta della politica accusatoria, favorito dalla soglia del grado di colpa punibile, quella ordinaria. All'esito di un lungo dibattito che ha coinvolto anche l'opinione pubblica, nel 1997, il Parlamento kiwi ha emanato il *Crimes Amendment Act*, col quale la *Simple* (o *Civil*) *Negligence* è stata dichiarata insufficiente per una condanna per *Manslaughter* e si è riportato il criterio di imputazione colposa allo *standard* inglese della *Gross Negligence*.

Vediamo, allora, di ripercorrere più nel dettaglio le tappe di questo cammino di riforma, tentando di cogliere alcuni aspetti che possano risultare di interesse anche nella prospettiva italiana.

¹⁵⁵ Il caso neozelandese ha attratto l'interesse anche di molti studiosi di area anglo-americana, dai quali viene portato come esempio virtuoso e, soprattutto, invocato a difesa dell'attuale situazione normativa incentrata sulla punibilità della *Gross Negligence*, se non, addirittura, per un ulteriore innalzamento del livello della punibilità ai casi in cui vi sia almeno la previsione dell'evento. Tra gli Autori che hanno maggiormente valorizzato l'esperienza neozelandese, A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *Errors, medicine and law*, Cambridge, Cambridge UP, 2001, trad. it. a cura di P. Girolami, *L'errore, la medicina e la legge*, Milano, 2004; e più recentemente, M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, in (2009) 25 (2) *Journal of Professional Negligence*, 51 ss.

¹⁵⁶ Per una approfondita analisi generale dell'esperienza neozelandese, P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, in (1998) 6 *Medical Law Review*, 220 ss. *In medias res*, invece, D.B. COLLINS, *New Zealand's Medical Manslaughter*, in (1992) 11 *Medicine and Law*, 221ss. Va sin d'ora specificato che le *Prosecutions* hanno riguardato principalmente la classe medica, ma non solo. Come si illustrerà a breve, la disciplina del reato colposo neozelandese è stata estesa in particolar modo ai sanitari per ragioni di contingenza storica, ma è nata (e si è sviluppata) come normativa di carattere generale. L'ambito medico, poi, ha presentato i casi di condanna più eclatanti e, per questo, ha costituito il terreno più interessante anche per gli studiosi, che hanno ricostruito attraverso i giornali e le note riassuntive dei Tribunali alcune vicende non accolte formalmente nei *Report* giurisprudenziali.

3.2. Dallo Sthepen's Code del 1879 alla prima Prosecution del 1982

Per comprendere l'iniziale distanza tra la normativa in tema di *Negligence* della Nuova Zelanda e quella degli altri Paesi anglosassoni occorre partire da molto lontano.

L'influenza della *Common Law* su Aotearoa – questo il nome dato alla Nuova Zelanda dai Maori che per primi si sono stabiliti, migliaia di anni fa, sull'isola – è iniziata ufficialmente nel 1840, al momento del Trattato di Waitangi, firmato da numerosi capi Maori e dal Luogotenente William Hobson, incaricato dal trattato di formare un governo sul modello coloniale inglese. Da quel momento, il giovane diritto penale neozelandese è cresciuto seguendo le orme del ben più rodato diritto criminale britannico, e così è avvenuto anche relativamente alla colpa¹⁵⁷.

Senonché, nell'Inghilterra del 1879, James Fitzjames Sthepen, giudice della *High Court* e zio di Virginia Woolf, diede vita ad una proposta di codice penale, noto come *Stephen's Code* o come *Criminal Code Bill*¹⁵⁸. Esso non fu mai attuato in Gran Bretagna perché i fautori della *Common Law* ebbero il sopravvento, ma finì per costituire la base per il *Criminal*

¹⁵⁷ Peraltro è curioso che, come sottolineato da P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals*, cit., 221, mentre il diritto neozelandese è ormai autonomo e distante da quello inglese in molti ambiti, a cominciare dal *Medical law*, il sistema penale sull'isola è ancora estremamente debitore di quello importato dalle terre di Sua Maestà.

¹⁵⁸ Sul progetto *Sthepen's* cfr. P.R. GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform: England*, in S.H. KADISH (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, New York, Free Press, 497 ss.; R. CROSS, *The Making of English Law: Sir James Fitzjames Sthepen*, in (1978) *Criminal Law Review*, 652 ss. Per un'ampia e approfondita panoramica dei tentativi, riusciti e non, di codificazione nei sistemi angloamericani, A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, 113 ss. e 159 ss.

Code Act che, qualche anno dopo, precisamente nel 1893, fu adottato in Nuova Zelanda¹⁵⁹.

Le sezioni del codice che interessano, dalla 151 alla 157, pur cambiando più volte numerazione, sono sopravvissute senza subire modifiche sostanziali ai *Crimes Acts* del 1908 e del 1961 e, ancorché svuotate di senso dall'introduzione della 150A nel 1997, permangono ancora oggi nel codice. Tali sezioni sono dedicate ai «*Duties tending to the preservation of life*» e disciplinano lo svolgimento di attività pericolose (tra le quali è inclusa l'attività sanitaria) e la responsabilità di oggetti pericolosi.

Le due norme cardine sono le *sections* 155 e 156 del Crime Act del 1961:

155 - Duty of persons doing dangerous acts: «*Everyone who undertakes (except in case of necessity) to administer surgical or medical treatment, or to do any other lawful act the doing of which is or may be dangerous to life, is under a legal duty to have and to use reasonable knowledge, skill, and care in doing any such act, and is criminally responsible for the consequences of omitting without lawful excuse to discharge that duty*».

156 - Duty of persons in charge of dangerous things: «*Everyone who has in his or her charge or under his or her control anything whatever, whether animate or inanimate, or who erects, makes, operates, or maintains anything whatever, which, in the absence of precaution or care, may endanger human life is under a legal duty to take reasonable precautions against and to use reasonable care to avoid such danger, and is criminally responsible for the consequences of omitting without lawful excuse to discharge that duty*».¹⁶⁰

¹⁵⁹ Per un resoconto complessivo sulle influenze dello *Stephen's Code* sul codice neozelandese, si rimanda a F.B. ADAMS, *Criminal Law and Practice in New Zealand*, Wellington, Sweet&Maxwell, 2nd ed., 1971; nonché S. FRANCE, *Reforming Criminal Law – New Zealand's 1989 Code*, in (1990) *Criminal Law Review*, 832 ss., che analizza il codice anche alla luce delle modifiche del 1961, sottolineando l'assenza di una vera e propria "parte generale". Lo *Stephen's Code* venne usato anche per la redazione del Codice Canadese del 1892. Sull'influenza del progetto su tale codificazione, P.R. GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform*, cit., 498. Peraltro, come fa notare P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals*, cit., 221, la storia kiwi è un curioso resoconto di quello che sarebbe potuto accadere anche in Inghilterra qualora si fosse dato effettivamente corso all'iniziativa codicistica di fine Ottocento.

¹⁶⁰ Lo stile analitico, carente di ogni generalizzazione, di queste disposizioni e delle successive è caratteristico dello *Stephen's Code*. Come osserva A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione*, cit., 158 e ss., l'intento del suo Autore, infatti, era quello di un *restatement* della *Common Law* vigente, cosicché il Codice, così redatto, è finito per essere una pignola e minuziosa raccolta dei casi già decisi. Tutto ciò, più in generale, è – fa notare l'Autore –

Non è difficile riconoscere nel testo la statuizione di un grado ordinario di *Negligence*, improntato su un dovere di diligenza “*reasonable*” dalle chiare ascendenze civilistiche. Non a caso, fin dai suoi precedenti più risalenti, la *New Zealand Court of Appeal* ha sempre rifiutato di leggere in tali previsioni la richiesta di un grado particolare di colpa come necessario alla *Conviction*¹⁶¹. D'altronde, l'assenza di ogni richiamo all'intensità della violazione del dovere di diligenza – aspetto ben noto ai giuristi di *Common Law* – nonché i molteplici riferimenti ad abilità o precauzioni “ragionevoli” non lasciavano grandi margini di manovra all'interprete che volesse ricondurre la norma ai *test* di *Gross Negligence* elaborati dalle Corti britanniche.

Va altresì rilevato come la *section 155* preveda un'eccezione espressa per i casi di necessità («*except in case of necessity*»). Tuttavia, si vedrà più avanti come le Corti neozelandesi abbiano interpretato in modo molto restrittivo il concetto di “*necessity*”, sulla scorta della (discutibile) argomentazione per la quale nello svolgimento dell'attività medica non esisterebbero emergenze¹⁶².

Come evidente, le disposizioni riportate nel testo non prevedono una sanzione, ma si limitano ad affermare la responsabilità penale nel caso non venga osservato il “*reasonable duty of care*”. Il quadro edittale viene, infatti, completato dalle *sections* successive, a seconda del tipo di evento causato dal “*breach*” del dovere di diligenza: morte, lesioni o messa in pericolo. La nozione di omicidio è, invece, preliminarmente definita in termini generali (ed essenzialmente causalistici) dalla sezione

sintomo della minore elasticità della mentalità giuridica anglosassone, molto più casuistica di quella continentale e di quanto si pensi.

¹⁶¹ Cfr. *R. v Burney* [1958] NZLR., 745; *R. v Walker* [1958] NZLR, 810; *R. v Crump*, annotato in *Recent Law*, 1970, 5, 191.

¹⁶² Per un approfondimento della questione si rimanda al § 3.3.2., sezione *a*.

158 - Homicide defined: «*Homicide is the killing of a human being by another, directly or indirectly, by any means whatsoever*».

La definizione di “*Culpable Homicide*” viene poi meglio specificata nella successiva *section*

160 - Culpable homicide: «(1) *Homicide may be either culpable or not culpable. (2) Homicide is culpable when it consists in the killing of any person – (a) by an unlawful act; or (b) by an omission without lawful excuse to perform or observe any legal duty; or (c) by both combined; or (d) by causing that person by threats or fear of violence, or by deception, to do an act which causes his or her death; or (e) by wilfully frightening a child under the age of 16 years or a sick person. (3) Except as provided in section 178, culpable homicide is either murder or manslaughter. (4) Homicide that is not culpable is not an offence*»¹⁶³.

L'errore di un sanitario dovuto ad una violazione dei doveri sanciti dalle sezioni 155 e 156 e causalmente ricollegabile alla morte di un paziente, quindi, può integrare il *Culpable Homicide* e, in particolare, la sotto-fattispecie di *Manslaughter* di cui alla *section* 171¹⁶⁴. Ciò in quanto, con la violazione, viene a configurarsi un'«*omission without lawful excuse to perform or observe any legal duty*» ai sensi della 160(2)(b)¹⁶⁵. È il caso di precisare che la pena massima prevista per tale reato è, ai sensi della sezione 177, l'«*imprisonment for life*»¹⁶⁶.

¹⁶³ Sottolineature di chi scrive.

¹⁶⁴ 171 - Manslaughter: «*Except as provided in section 178, culpable homicide not amounting to murder is manslaughter*».

¹⁶⁵ Si è fatto sino ad ora riferimento solo alle fattispecie di *Homicide*, che sono state invocate nelle totalità dei casi che verranno in seguito analizzati, ma le sezioni 155 e 156 potevano essere combinate anche con la 190 - Injuring by unlawful act: «*Every one is liable to imprisonment for a term not exceeding 3 years who injures any other person in such circumstances that if death had been caused he or she would have been guilty of manslaughter*»; e la 145 che prevede l'offence della *Criminal nuisance*, 145 - Criminal nuisance: «(1) *Every one commits criminal nuisance who does any unlawful act or omits to discharge any legal duty, such act or omission being one which he or she knew would endanger the lives, safety, or health of the public, or the life, safety, or health of any individual. (2) Every one who commits criminal nuisance is liable to imprisonment for a term not exceeding 1 year*», la quale, però, richiede la consapevolezza dell'agente circa l'«*Endangerment*», ovvero – si potrebbe tradurre – la “messa in pericolo”.

¹⁶⁶ 177 Punishment of manslaughter: «(1) *Every one who commits manslaughter is liable to imprisonment for life*».

Ed è proprio con l'accusa di *Manslaughter* cagionato dalla violazione della sezione 155 che, nel 1982, si è ritrovato sul banco degli imputati il Dott. McDonald¹⁶⁷. Il medico, il giorno dopo essere stato assunto ed essere arrivato dall'Australia, aveva anestetizzato un bambino di 11 anni in vista di un'operazione di appendicite. Sfortunatamente, egli aveva confuso la manopola dell'ossigeno con quella del biossido di carbonio, somministrando al giovane paziente la sostanza sbagliata con effetto letale. McDonald aveva potuto familiarizzare con le attrezzature dell'ospedale solo la sera prima, peraltro – pare – in una sala operatoria diversa da quella dell'intervento, poiché solo la mattina stessa gli sarebbe stato comunicato il cambiamento del programma ed il conseguente utilizzo di un macchinario diverso. Per di più, il sanitario aveva dimostrato di essere daltonico, fattore che potrebbe aver inciso sulla scelta della manopola sbagliata, che si distingueva da quella corretta, tra gli altri elementi, in particolar modo per il colore.

Nonostante ciò, come detto, contro il Dott. McDonald è stata formulata un'imputazione per *Manslaughter*, con un'accusa incentrata, oltre che sull'evidente errore di somministrazione, anche sulla successiva incapacità del medico di fronteggiare adeguatamente l'errore iniziale. Dopo nove giorni di processo, il Giudice della *High Court* di Christchurch, J. Roper, ha istruito la giuria spiegando che l'anestesista aveva un preciso dovere di agire con l'abilità e l'attenzione di un medico specialista “ragionevolmente competente”. Ciò non significa l'assoluta perfezione, ma «*reasonable care and skill taking account of all the circumstances of the case*»¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Il caso *R v McDonald* [1982], come del resto molti altri di quel periodo, non è stato riportato nelle raccolte giurisprudenziali. Lo si illustra sulla base di come viene descritto (senza discrasie) in A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 71 e ss; e P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 226; i quali a loro volta si riferiscono alla sintesi del giudice Roper ed ai giornali locali che avevano seguito la vicenda con grande interesse.

¹⁶⁸ Riporta le istruzioni ai giurati, P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 227.

I giurati, dopo ben dieci ore di discussione, hanno dichiarato colpevole il Dott. McDonald.

Ponendo a fondamento della sentenza la sezione 155 del *Crimes Act*, ed avendo dato simili istruzioni ai giudici popolari, la Corte, che, come raccomandatele dalla stessa giuria, ha mostrato grande clemenza a livello sanzionatorio, ha dovuto interrogarsi sull'*intentio legis* di una norma risalente a quasi cento anni prima ed estranea al diritto vigente negli altri Paesi di lingua inglese. Per giustificare la condanna, il Giudice Roper ha richiamato gli insegnamenti dei casi *R v Dawe* e *R v Storey*, che subito dopo l'approvazione del Codice avevano stabilito che lo *standard* di *Negligence* richiesto dalle sezioni 155 e 156 non era più elevato di quello sufficiente per un'azione in sede civile¹⁶⁹. In particolare, in *R v Storey*, il giudice C.J. Myers aveva affermato:

«It seems to me clear that the decision in Bateman's case is not law in New Zealand so far as the criminal responsibility of a medical practitioner is concerned. In New Zealand the same standard applies in regard to both civil and criminal responsibility».

negando quindi espressamente ogni validità nell'ordinamento neozelandese del precedente *Bateman* che, per molti anni (per la precisione fino alla più recente sentenza *Adomako*), è stato il *leading case* britannico in materia di *Gross Negligence*¹⁷⁰.

Il processo al Dott. McDonald ha avuto grande risonanza giornalistica e fatto da apripista ad un buon numero di procedimenti negli anni successivi. La decisione, difatti, liberando i *Prosecutors* dalla gravosa necessità di provare un grado di colpa qualificato e lasciando loro intravedere la possibilità di più facili, quanto mediatiche, “vittorie”, li ha incoraggiati a modificare la propria linea politica in materia di errori commessi dagli

¹⁶⁹ *R v Dawe* [1911] 30 NZLR 673; *R v Storey* [1931] NZLR 417, 432.

¹⁷⁰ *R v Bateman* [1925] 19 Cr App R 8.

*Health professionals*¹⁷¹. Vediamo, allora, di passare in rassegna alcuni dei casi più significativi dopo *McDonald*.

3.3. Alcuni casi

3.3.1. *Yogasakaran: una tragica emergenza*

Forse ignaro del trattamento riservato al collega McDonald, nel 1987 il Dott. Yogasakaran, un anestesista di origini cingalesi, immigrò in cerca di un lavoro in Nuova Zelanda, dove fu assunto come tirocinante in un piccolo ospedale di provincia nell'Hamilton¹⁷². Poche settimane dopo il suo arrivo, il medico, che formalmente era ancora sotto supervisione, si ritrovò accusato di *Manslaughter* in seguito al decesso di una “*high risk patient*”, alla quale il giovane sanitario aveva praticato l'anestesia in vista di un'operazione alla cistifellea.

Era accaduto che, dopo l'intervento, nella fase di risveglio, la paziente iniziasse a mordere il tubo endotracheale (attraverso cui l'ossigeno arriva ai polmoni), faticasse quindi a respirare e, in conseguenza della mancanza di ossigeno, desse i primi segni di ipossia (colore cianotico). Vista l'urgenza,

¹⁷¹ Come noto, sulla *Criminal Law*, specie sul suo livello applicativo, assumono grande influenza le *policies* degli uffici pubblici che si occupano della repressione dei reati. Il tema è complesso e, sotto certi profili, di grande interesse per un mondo, quale il nostro, fondato sull'obbligatorietà dell'azione penale, posta però sempre più in crisi dalla scarsità delle risorse disponibili. Per una panoramica generale dell'argomento, J. ROGERS, *The Role of the Public Prosecutor in Applying and Developing Substantive Criminal Law*, in R.A. DUFF, L. FARMER, S.E. MARSHALL, M. RENZO, V. TADROS (a cura di), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2013, 53 ss. Per un'analisi compiuta tenendo la lente di ingrandimento sulla colpa in ambito sanitario cfr. D. GRIFFITHS, A. SANDERS, *The road to the dock: prosecution decision-making in medical manslaughter cases*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 117 ss.; O. QUICK, *Prosecuting “Gross” Medical Negligence: Manslaughter, Discretion and the Crown Prosecution Service*, in (2006) 33(3) *Journal of Law and Society*, 421 ss.

¹⁷² *R v. Yogasakaran* [1990] 1 NZLR, 399.

L'anestesista aveva deciso di somministrarle immediatamente un farmaco analettico, il Dopram, che ha la funzione di accelerare le funzioni sensoriali e, nella specie, i centri respiratori del sistema nervoso centrale. Sfortunatamente, una terza persona (mai identificata nel corso del processo) aveva riposto il farmaco in un piano più basso del carrello operatorio, posizionando nel compartimento contrassegnato dalla targhetta "Dopram" un farmaco simile a vedersi, la dopamina, ma dagli effetti completamente diversi. Esso serve, infatti, come potente stimolante per il cuore (inotropo) e viene di regola utilizzato per sostenere momenti di difficoltà cardiaca. Peraltro, le modalità di somministrazione prevedono che esso venga diluito prima dell'uso e iniettato con una infusione continuativa. Il Dott. Yogasakaran, invece, ritenendo si trattasse del Dopram, nonché per la pressione dovuta all'urgenza, lo aveva iniettato alla paziente tutto in una volta. Questa, per effetto della dopamina, aveva subito un attacco cardiaco. Il medico era riuscito a rianimarla e a trasferirla nel reparto di terapia intensiva di un ospedale più attrezzato, il centro clinico regionale di Waitako, dove, però, i danni cerebrali ormai irreversibili avevano causato il decesso, alla presenza anche del Dott. Yogasakaran che l'aveva accompagnata fin lì personalmente.

Va specificato che le due medicine erano contenute in identiche fiale, che si riconoscevano soltanto dall'etichetta, oltre che dalla prestabilita posizione nel carrello. L'anestesista – si tratta di aspetto qui poco rilevante, ma che verrà ripreso nei capitoli successivi – aveva subito informato i vertici ospedalieri di aver commesso l'errore fatale nella somministrazione del farmaco, non appena, tornato dall'ospedale di Waikato in sala operatoria, si era reso conto dell'equivoco delle fiale. E proprio da questa "confessione",

che ha svelato l'errore nello scambio dei farmaci, è scaturita l'incriminazione nei confronti del medico¹⁷³.

Ebbene, come nel caso del collega australiano, la giuria della *High Court* di Hamilton ha ritenuto colpevole di *Manslaughter* il Dott. Yogasakaran. L'imputato, però, non è stato condannato ad alcuna pena, venendo considerato sufficiente per un professionista nella sua condizione l'emissione di un giudizio di colpevolezza per uno dei crimini più gravi dell'ordinamento. La decisione è stata poi confermata dalla *Court of Appeal* ed il *Privy Council* di Londra (all'epoca ultimo grado di giudizio per la Nuova Zelanda), ha ritenuto di non dover interferire con quella che appariva una decisione di politica criminale delle corti kiwi¹⁷⁴.

3.3.2. (segue): *alcune brevi considerazioni a margine del caso Yogasakaran*

Secondo la sentenza, si è trattato di un caso esemplare di *Negligence*. Nel consueto “*summing up*” del caso, il Giudice ha scritto che:

«The Crown says Dr Yogasakaran is a highly trained, experienced, responsible man whom the Crown says made a mistake, through carelessness, on this one occasion».

Durante il processo, al consulente della difesa era stato domandato se avrebbe mai somministrato un farmaco senza un preventivo controllo dell'etichetta. Egli, pur palesando difficoltà nell'ammettere la colpa del

¹⁷³ Sul rapporto tra indagini interne, collaborazione del professionista e processi penali, si rimanda a quanto già rilevato nel § 2.3.6. del capitolo II.

¹⁷⁴ La Corte Suprema neozelandese si è stabilita soltanto nel 2003. È possibile, a giudizio di alcuni Autori che si sono occupati del caso neozelandese, che una Corte Suprema non condizionata dal timore di intromettersi nelle scelte di politica criminale di un'altra nazione avrebbe ribaltato la decisione della Corte d'Appello nel caso Yogasakaran. Tra gli altri, A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 74. Per aspetti più generali circa l'introduzione nell'ordinamento della *Supreme Court of New Zealand*, A.P. SIMESTER, W. BROOKBANKS, *Principles of Criminal Law*, cit., *passim*.

proprio cliente, aveva ovviamente risposto che tutti dovrebbero controllare la natura di ogni farmaco prima della sua somministrazione al paziente¹⁷⁵.

Del resto, proprio su questo punto si innestano i profili di maggior interesse della vicenda del Dott. Yogasakaran. La violazione di una regola di cautela (“verificare sempre la natura del farmaco prima di somministrarlo al paziente”) da parte del sanitario è, infatti, assolutamente lampante e, volendo, anche “grave”, sempre che, su un piano oggettivo, la gravità possa essere intesa come la misura del divario tra quanto prescritto dalla regola cautelare e la condotta effettiva tenuta dall’agente, nonché sulla basilarità della regola violata¹⁷⁶. Per altro verso, ad un esame più attento, emerge come alla morte della paziente abbiano contribuito diversi fattori che, ognuno a suo modo, hanno influito sulla osservabilità in concreto della regola violata.

¹⁷⁵ In realtà, dopo questa ammissione (probabilmente decisiva ai fini del giudizio di colpevolezza), il perito aveva provato a giustificare l’errore dell’imputato facendo riferimento a certe caratteristiche della psicologia umana ed, in particolare, al concetto di “assetto mentale”, ovvero il fenomeno per cui, spesso, l’uomo vede ciò che si aspetta di vedere in una determinata situazione e non ciò che, invece, è realmente visibile. Ciò accade molto frequentemente quando vi è una forte somiglianza tra oggetti. L’accusa a quel punto aveva formulato un’obiezione sulla competenza specialistica del perito, sottolineando che si trattava di un anestesista e non di un psicologo, di talché tali dichiarazioni erano state ritenute inutilizzabili dalla Corte. Sulla mancata ammissione della prova, molto critico A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 73, che la ritiene un vero e proprio errore giudiziario e mette a confronto il diverso metro di valutazione con cui vengono valutati giudici ed avvocati e quello utilizzato per il Dott. Yogasakaran.

¹⁷⁶ Non è (ancora) il momento di addentrarsi in un complesso tentativo di definizione di ciò che significhi la parola “grave” quando viene associata alla colpa penale. Basti qui fare presente che, solitamente, in quasi tutte le definizioni proposte, sia in Italia che in Inghilterra, il primo *step* è relativo al grado della violazione della regola non osservata. Ad esempio, il primo parametro individuato dalla già citata sentenza “Cantore” è proprio la misura del: «distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all’agire appropriato definito dalle standardizzate regole d’azione». Parlava di «*quantum* della divergenza tra comportamento tenuto e dovere di diligenza» già T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 889 e ss. Coerentemente, come si vedrà nelle pagine successive, lo stesso correttivo introdotto in Nuova Zelanda per elevare il grado di colpa punibile alla *Gross Negligence* è quello della “*major departure*” rispetto allo *standard* cautelare.

a) In primo luogo, quella fronteggiata dal Dott. Yogasakaran è una situazione – che molti suoi colleghi non esiterebbero a definire – di “emergenza”, nella quale i tempi operativi si fanno molto stringenti e la pressione sull’agente cresce in modo esponenziale. Proprio per questa ragione, nel corso del dibattimento, la difesa del medico aveva invocato la parte della *section 155* in cui si prevede che il *duty of care* non venga violato da chi intraprende il trattamento medico, o l’atto comunque pericoloso, «*in case of necessity*».

In *Yogasakaran*, sul punto la giuria è stata istruita come segue:

«In the context of medical treatment necessity is a situation which is an emergency involving such urgency and immediate peril that the only available option is to respond. In any way whatever. So that it would be completely unjust that whatever action was taken should even be challenged. Particularly, of course, with the benefit of hindsight and the comfort of time for consideration».

Nel giudizio della Corte d’Appello, tale istruzione è stata poi disattesa in questi termini:

«That exception [necessity] is plainly intended to cover the case of persons unqualified or insufficiently qualified who in emergencies undertake surgical or medical treatment or the like. It is not intended to emancipate a professional medical practitioner from the exercise of reasonable professional care and skill in an emergency e statutory exception was needlessly introduced into the present case».

Nelle Corti neozelandesi si è quindi affermato il principio per cui negli ospedali non sussisterebbero emergenze¹⁷⁷. Per certi versi, l’interpretazione restrittiva che viene data della *Necessity* può anche apparire comprensibile: una lettura alternativa, infatti, rischierebbe di svuotare di senso la sezione 155 del Codice, poiché, molto spesso, il mestiere del medico prevede proprio di fronteggiare delle *emergenze*. Allo stesso tempo, però, appare

¹⁷⁷ Come riporta D.B. COLLINS, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, Brooker & Friend, 1992, 199-200, la decisione appare coerente con l’unica *Authority* in materia, proveniente dalla *Court of Appeal of British Columbia (Canada): R v Rogers* [1968] 65 WWR 193. Tale pronuncia sovrappone il concetto di “*Necessity*” a quello di “*Emergency*”, ma esclude che della *defence* possano giovare i professionisti sanitari.

iniquo che la particolare situazione di urgenza vissuta dal giovane anestesista, specie se combinata ad altri elementi del caso in esame, pur non rilevando sul piano di una sua piena *giustificazione*, non venga nemmeno valorizzata in nessuno dei momenti del giudizio sulla *Negligence*. È opportuno sin d'ora accennare che è proprio nell'alveo del giudizio sul grado della colpa che simili circostanze del fatto possono essere prese in considerazione, ma si tratta di un discorso che merita ben altri sviluppi¹⁷⁸.

Per il momento, senza approfondire la questione da un punto di vista dogmatico, preme mettere in evidenza che, come avvenuto nel caso del Dott. Yogasakaran, un giudizio di colpa “ordinaria”, improntato su un parametro “oggettivo-civilistico” quale quello del “medico ragionevole” previsto dalla sezione 155, è impermeabile ad aspetti che, ancorché decisivi per la verifica dell'evento, non riguardano direttamente la violazione dell'obbligo cautelare o la stretta causalità. In fin dei conti, Yogasakaran è stato giudicato *colpevole* per non aver letto l'etichetta della fiala, senza che, in nessuna fase del giudizio, la sua omissione venisse contestualizzata.

¹⁷⁸ Sulla questione, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 ss.

Nel testo si è parlato di “giustificazione”, semplificando e, soprattutto, “continentalizzando” la complessa categoria angloamericana delle *Defences*. Si tratta di uno dei temi rispetto ai quali è più complesso tracciare un parallelo tra i due sistemi, giacché nel vastissimo “recipiente” delle *Defences* sono incluse fattispecie tra loro estremamente eterogenee, che, trasportate nei nostri manuali, spazierebbero, almeno accogliendo le sistemazioni classiche fondate sulla teoria tripartita del reato, dall'imputabilità, alle scusanti, fino alle cause di giustificazione e, persino, alla tipicità. Una panoramica davvero ben fatta, che dà conto anche delle molte criticità interpretative della categoria – sempre che di “categoria” possa parlarsi – è quella del noto manuale J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 7th ed., 2016, 692 ss. Ciò che si voleva mettere in evidenza, parlando di “giustificazione”, è che anche nel nostro ordinamento una situazione simile a quella vissuta dal Dott. Yogasakaran potrebbe dare luogo ad una scriminante, ma potrebbe essere valorizzata sul piano della colpa. Tra l'altro, l'appartenenza dello stato di necessità *ex art. 54 c.p.* al novero delle cause di giustificazione è da sempre messa in dubbio. Da ultimo, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri, contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*. Milano, 2000, 581 ss. Per una rassegna di ipotesi in ambito sanitario nelle quali può trovare applicazione l'art. 54 sia consentito il rinvio al proprio G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica: paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2012, 23 ss.

b) Lo stesso discorso sembra poter essere esteso ad elementi della vicenda diversi dall'urgenza dell'intervento. Per esempio, al fatto che un piccolo ospedale di provincia non sia proprio l'"habitat naturale" di un giovane medico ancora in formazione¹⁷⁹.

Oltretutto, un sistema organizzativo che prevede un regime di attività sotto supervisione dovrebbe essere in grado di garantirne quantomeno la corretta attuazione. Nel processo, invece, è risultato che il Dott. Yogasakaran, nonostante – giova ricordarlo – fosse arrivato nel Paese da poche settimane, al momento dell'incidente non era seguito da un medico più esperto. Ed anzi, il giovane cingalese – e questo la dice lunga sul livello dei colleghi – aveva già dato prova di essere l'anestesista più affidabile della struttura.

Allo stesso tempo, appare lecito interrogarsi sul perché l'intervento di una paziente ad alto rischio fosse stato programmato in un ospedale come quello di Te Kuiti, in cui scarseggiavano sia l'esperienza – l'ultimo arrivato era già il medico di punta! – che le risorse.

Non si può, inoltre, non sottolineare come "a monte" della violazione cautelare del medico vi sia un altro errore umano, da addebitare alla persona che ha riposto i farmaci nel cassetto sbagliato, invertendo le due fiale. È tale scambio a condurre l'anestesista alla disattenzione fatale, inducendolo, secondo lo schema psicologico tracciato dal suo consulente, a "vedere" nella "dopamina" il "Dopram" che si aspettava di trovare in quella posizione¹⁸⁰.

Infine, il processo ha fatto affiorare anche che il medico non era sufficientemente assistito durante la fase di risveglio della paziente, visto che l'*équipe* medica che aveva praticato l'intervento l'aveva già lasciato solo e che l'infermiera, che regolarmente lo assisteva in quella fase, era sostituita da una con meno esperienza.

¹⁷⁹ Vengono evidenziati diversi problemi sistemici della struttura in cui lavorava l'imputato anche in A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, cit., 12 ss.

¹⁸⁰ Per certi versi l'errore, in questo caso, può essere ritenuto addirittura più grave di quello di Yogasakaran, presumendo sia avvenuto in un momento di maggiore tranquillità, in cui un'infermiera ha avuto il tempo di riempire con calma il carrello operatorio, senza la concitazione affrontata dal giovane specialista.

Tutti questi aspetti del caso mettono in risalto non solo, qualora ve ne fosse ancora bisogno, la pessima organizzazione di quel piccolo ospedale di provincia, ma, soprattutto, la matrice sistemica dell'incidente.

Ricapitolando infatti, dal quadro fattuale ricostruito nel processo emerge che un giovane medico immigrato, arrivato da poco, senza la dovuta supervisione, si è ritrovato a dover gestire un'emergenza occorsa ad una paziente ad alto rischio, operata in una struttura che non era attrezzata per quel livello di rischio, senza un'infermiera esperta al suo fianco e con cassetti disordinati in cui farmaci contenuti in fiale dalle identiche sembianze erano stati scambiati. In questo contesto, l'errore finale di Yogasakaran appare non già come una negligenza isolata, bensì come l'anello finale di una articolata catena di precauzioni disattese che hanno portato fino all'incidente mortale.

È chiaro che il discorso è qui intrecciato a doppio filo con quello condotto nel sotto-paragrafo che precede. Anche di questi (pur importanti) aspetti fattuali, come della circostanza che si trattasse di un'emergenza, non v'è traccia nelle parti della sentenza che valutano la responsabilità per colpa dell'imputato. Essi, al contrario, avrebbero potuto essere utilizzati in un giudizio di esigibilità dell'osservanza della regola violata dal Dott. Yogasakaran. Ma, per il *test* di colpa fondato sul "medico ragionevole", è sufficiente quanto affermato dal consulente dello stesso anestesista: questi ha sbagliato nel non controllare cosa stava somministrando alla paziente, giacché ogni "medico ragionevole" controlla sempre e comunque cosa sta iniettando al malato in cura¹⁸¹.

¹⁸¹ Lascia perplessi anche la modalità con la quale opera il diritto penale in casi come quello del Dott. Yogasakaran. La sua omissione non solo è stata estrapolata e valutata asetticamente rispetto all'intero contesto organizzativo, ma è stata segmentata e separata anche rispetto allo stesso comportamento tenuto dallo stesso sanitario in tutta la vicenda. Egli non ha, in nessun momento, tenuto un contegno anti-professionale, anzi: aveva individuato correttamente le complicazioni della malata, scelto l'azione più efficace sul piano terapeutico, rianimato con abilità la paziente e – ciò dimostra anche una certa premura per la stessa – l'aveva accompagnata nell'altro, lontano ospedale. Oltretutto, come detto, è stato lo stesso anestesista ad "autodenunciare" alla direzione sanitaria il proprio

Qualcosa di non dissimile, a ben vedere, era avvenuto anche nel caso del Dott. McDonald. Anch'egli appena arrivato, per di più daltonico e alle prese con un macchinario mai utilizzato, subito lanciato “nella mischia” dalla direzione sanitaria, e tuttavia giudicato colpevole di un omicidio dalla chiara matrice organizzativa.

Ciò che accomuna i due casi ricorre anche in altre vicende giudiziarie di quegli anni in Nuova Zelanda. Pare preferibile, però, passare ad illustrare, in modo più sintetico, alcune vicende dal taglio diverso, che mettano in luce anche aspetti patologici diversi delle *Prosecutions* neozelandesi.

3.3.3. *Mr Arnott, dentista (forse) negligente*¹⁸²

Tra i professionisti sanitari che hanno dovuto fare i conti con la colpa delineata dalla *section 155*, vi è anche Mr Arnott, dentista specializzato in chirurgia maxillo-facciale, accusato di *Manslaughter* nel 1990 a seguito della morte di un paziente di 11 anni.

Il tragico decesso era avvenuto dopo una sedazione effettuata dal dentista in vista dell'estrazione di un dente. All'imputato, in particolare, veniva contestato di aver praticato l'iniezione (contenente un *cocktail* di farmaci sedativi e analgesici comunemente utilizzati) e aver abbandonato il paziente per andare a sviluppare una lastra nel momento in cui questi avrebbe dovuto addormentarsi.

errore. A fronte di tutto ciò, la valutazione dei giurati si è limitata a considerare solo e soltanto il mancato controllo della fiala, avvenuto, tra l'altro, in un momento di concitazione ed urgenza. Direbbero gli inglesi, questi non ha dimostrato un “*bad character*”, né ha dimostrato quel disinteresse per gli interessi altrui che le più recenti teorie in tema di *Negligence* pongono quale suo fondamento. In proposito M.S. MOORE, *Placing Blame. A theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, II ed., 2010, in particolare 404 ss.

¹⁸² Si tratta di caso non riportato nelle raccolte ufficiali di giurisprudenza, letto in SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 228.

Al quarto giorno di processo presso la *High Court* di Napier, il giudice ha interrotto il dibattimento “scaricando” il dentista da responsabilità, in quanto «vi era più di una possibilità» che il giovane paziente soffrisse di una rarissima disfunzione cardiaca che avrebbe potuto essere la causa della morte. La condotta del sanitario, quindi, a giudizio del giudice, poteva non essere stata decisiva per la morte del paziente e, comunque, era evidente l'impossibilità di provare “oltre ogni ragionevole dubbio” il nesso causale tra l'omissione del professionista e l'evento.

La configurabilità o meno di una *Negligence* in capo al dentista, pertanto, non è stata oggetto di alcuna considerazione. Il caso, tuttavia, mette in evidenza un elemento interessante, ovvero come nelle Corti neozelandesi l'abbassamento della soglia della colpa punibile non si sia accompagnato – cosa, invece, accaduta all'interno dei patri tribunali¹⁸³ – con una distorsione dei principi in materia di causalità e, nella specie della regola probatoria del *Beyond Any Reasonable Doubt*¹⁸⁴. Non appena è stato chiaro che non si sarebbe mai potuto raggiungere il livello di certezza richiesto dal “*BARD*”, il processo si è arrestato e Mr. Arnott è andato esente da ogni responsabilità. Non si tratta, in effetti, di un caso isolato¹⁸⁵.

Tutto ciò è indicativo del fatto che, con un grado di colpa “appiattito” su quello civilistico, le uniche *chances* difensive dei medici neozelandesi per

¹⁸³ A livello di causalità omissiva, il principio della “ragionevole certezza” dell'efficacia del comportamento alternativo lecito è stato scolpito con chiarezza ed autorevolezza dalla nota sentenza “Franzese”. Per un resoconto del grado di osservanza di tale pronuncia da parte della Corte di Cassazione si vedano, però, F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La “Franzese”: ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, 241 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Penale contemporaneo, Riv. Trim.*, 2013 n. 380 ss.

¹⁸⁴ Per una ricostruzione in chiave storica dell'istituto, E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, 108 ss.

¹⁸⁵ Anche il Dott. Long, accusato di ben sette *Manslaughters*, è stato condannato soltanto in un caso proprio in ragione delle difficoltà probatorie sul piano causale. *R v Long* [1995] 2 NZLR, 691; *R v Long* [1996] 1 NZLR, 377.

evitare la *Conviction* si sono giocate, in quegli anni, sul piano del nesso di causalità e della sua prova.

3.3.4. *Mai (af)fidarsi. Il caso del radiologo Morrison*

Caso ancora diverso è quello del Dott. Neil Morrison, radiologo (“*radiologist*”) di una clinica privata di Dunedin¹⁸⁶. Nella fase preparatoria di un mielogramma, il Dott. Morrison era chiamato a iniettare nel canale vertebrale del paziente un agente di contrasto radiografico. L’esperto tecnico di radiologia (“*radiographer*”), che lavorava con Morrison da tanti anni, gli allungò l’agente sbagliato, che il radiologo non ricontrollò prima di iniettarlo al giovane paziente, morto due giorni dopo per l’errore.

Il radiologo, accusato di *Manslaughter*, è stato, proprio come in alcuni dei casi che precedono, “*convicted and discharged*” (anche in questo caso, si è riconosciuta sufficiente una condanna per *Manslaughter* e non necessaria l’inflizione di una pena).

Il giudice, J. Fraser, nella motivazione ha rilevato alcuni aspetti attenuanti il disvalore della condotta dell’imputato, primo tra tutti ovviamente l’errore dell’esperto aiutante. «*It was – scrive il giudice relativamente al passaggio del farmaco errato – contributed to, indeed initiated, by the act of another person also qualified and experienced and with whom the accused was accustomed to work*», concludendo, pertanto, che l’omissione nel controllare l’agente «*was a matter of momentary carelessness in circumstances where he had no reason to be on guard*»¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Un resoconto del caso è rinvenibile in SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 229. Per un maggiore approfondimento dei fatti, anche dal punto di vista scientifico, (1992) 105 *New Zealand Medical Journal*, 45.

¹⁸⁷ Così in J. Fraser’s *sentencing note* di *R v Morrison*, 23 aprile 1991, S. 7/91, High Court, Dunedin.

Non è nota, perlomeno a chi scrive, una teorizzazione del principio di affidamento nell'alveo della dottrina e della giurisprudenza anglosassoni¹⁸⁸. Forse, questa vicenda avrebbe potuto costituire l'occasione giusta per interrogarsi sulla possibilità di ritenere non colposa la condotta del Dott. Morrison, il quale si sarebbe, semplicemente, "affidato" al collega, con cui il prodotto da iniettare al paziente era stato previamente concordato, nulla lasciando presagire il tragico errore. Dopotutto, è lo stesso giudice Fraser a riconoscere che l'imputato non aveva alcuna ragione per essere "on guard" e prestare particolare attenzione a quanto gli passava il tecnico. A prescindere dall'esatta configurabilità, nel caso di specie, del principio di affidamento, occorre rilevare come il parametro della *Civil Negligence* abbia condotto, anche nel giudizio a carico del Dott. Morrison, ad un accertamento fin troppo rigoroso. La decisione presenta una vaga assonanza con *Yogasakaran*: da una serie di elementi, viene estrapolata una sola violazione cautelare, isolata e decontestualizzata.

3.4. *Il punto sulle Prosecutions: dati statistici, cause ed effetti*

Questa rassegna avrebbe potuto proseguire ancora per diverse pagine ma, tutto sommato, non troppe. Il numero complessivo delle *Prosecutions*

¹⁸⁸ Si tratta, in effetti, di una teoria che affonda le proprie radici nella letteratura tedesca, specie di epoca nazionalsocialista, ed è stata successivamente importata anche in Italia. Si veda, anzitutto, il lavoro monografico di M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; mentre, per una declinazione del principio in ambito medico, ID, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.*, 1999, 1195 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013; L. GIZZI, *Equipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011; L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1220 ss. Con precipuo riferimento al rapporto tra principio di affidamento e protocolli, tematica di grande rilievo alla luce delle recenti riforme, M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1478 ss.

neozelandesi nei confronti di sanitari di cui si ha notizia, infatti, di per sé, non certamente è di quelli che fanno “tremare i polsi”: 10 procedimenti tra il 1981 ed il 1997, anno del mutamento di assetto normativo¹⁸⁹. Esso va, tuttavia, relativizzato.

In particolare, è opportuno tenere presente che nel Regno Unito, tra il 1900 ed il 1989 sono stati perseguiti soltanto 15 sanitari, mentre nei 15 anni successivi (1989-2004), 38¹⁹⁰. Il rapporto tra la popolazione residente nei due Paesi è, all’incirca di 15 a 1, ovviamente in favore dei sudditi di Sua Maestà¹⁹¹.

Rispetto alla Gran Bretagna, quindi, il numero di procedimenti che hanno coinvolto sanitari neozelandesi è, sicuramente, rimarcabile. Per esservi proporzione, le Corti *British* avrebbero dovuto essere affollate da almeno 160 casi di *Malpractice* nello stesso periodo, ovvero all’incirca cinque volte quelli effettivamente perseguiti. L’eccezionalità del dato neozelandese è tale anche a confronto con le altre giurisdizioni del *Commonwealth*, dalle più

¹⁸⁹ Il dato è rimediato incrociando i lavori di A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 75 e ss.; e SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 234.

¹⁹⁰ Dati riportati nello studio di R.E. FERNER, S.E. MCDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005: a literature review*, in (2006) 99 *Journal of the Royal Society of Medicine*, 309 ss. La statistica – va precisato – tiene conto anche della Scozia, come noto parte del Regno Unito, ma caratterizzata da un ordinamento penale proprio, sul quale A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995.

In Italia, giusto per mantenere il confronto numerico, secondo una recente statistica pubblicata sulla rivista *online* www.penalecontemporaneo.it, ve ne sono più di sessanta che vengono ogni anno sottoposti al giudizio della Corte di Cassazione, di talché è lecito pensare che – in virtù delle più disparate vicissitudini processuali (tra cui, ovviamente, *in primis* l’assoluzione non seguita dall’appello dell’accusa e la prescrizione del reato) che non consentono l’approdo all’ultimo grado di giudizio – i procedimenti siano molti di più. Autore dello studio è C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2016.

¹⁹¹ Negli anni presi in esame, in particolare, la popolazione della Nuova Zelanda oscillava tra i 3,5 ed i 4 milioni di abitanti, mentre quella del Regno Unito è stata stabilmente attorno ai 60 milioni.

vicine geograficamente come l'Australia, alle più distanti, come il Canada¹⁹².

La ragione principale di questa discrasia statistica è senz'altro il livello di colpa punibile, quello ordinario-civilistico che, come osservato, ha consentito incriminazioni anche in vicende, tra tutte *Yogasakaran* e *McDonald*, nelle quali la colpevolezza degli imputati appariva tutt'altro che nitida.

Sembra, comunque, il caso di domandarsi perché mai, dopo un “lungo sonno” durato quasi cento anni (il Progetto di codice improntato sullo *Stephen's Code* è stato approvato nel 1893), gli uffici dei Procuratori si siano improvvisamente “svegliati” negli anni '80, scoprendo solo allora le potenzialità accusatorie dell'assetto normativo all'epoca vigente.

In via preliminare, sembra potersi escludere che il numero di procedimenti giudiziari sia dovuto ad un livello particolarmente basso della sanità *kiwi* e, quindi, ad un numero di incidenti dovuti a *Malpractice* superiore in rapporto a quello di altri Paesi. Ancorché non di prim'ordine, come si è potuto constatare “con mano” anche nella rassegna casistica, il servizio sanitario neozelandese non produce, a livello statistico, più incidenti di sistemi “contigui”, quale ad esempio quello australiano, nel quale però le *Prosecutions* si sono limitate a casi rarissimi¹⁹³.

¹⁹² Per la repressione penale della *Malpractice* in Australia, si rinvia a I. DOBINSON, *Doctors who kill and harm their patients: the Australian experience*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 248 ss. Mentre, per il Canada, a F. McDONALD, *The criminalisation of medical mistakes in Canada: a review*, in 16 *Health L.J.* 1 2008.

¹⁹³ Sul punto, esplicativi i dati riportati da R.M. WILSON, *The Quality in Australian Health Care Study*, in (1995) 163 *Medical Journal of Australia* 458 ss. Sulla rarità delle *Prosecutions*, I. DOBINSON, *Doctors who kill and harm their patients: the Australian experience*, cit., 248 ss. Dopo tutto, anche negli Stati Uniti, le morti dovute ad errore medico oscillano (per gli anni presi in esame dal presente studio) tra le 44.000 e le 96.000 ogni dodici mesi e, ciononostante, il ricorso allo strumento penale è davvero limitato (il dato statistico è da attribuire, nuovamente, a R.E. FERNER, S.E. MCDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005*, cit., 309). Testimonia recentemente come negli Usa il diritto criminale venga invocato solo in relazione a casi “limite”, come ad esempio l'abuso nelle prescrizioni di antidolorifici da

Al contrario, sembra necessario evidenziare come l'arco temporale analizzato (Anni '80-'90) coincida con un periodo storico nel quale, non solo in Nuova Zelanda, ma in tutto il mondo giuridico occidentale, si è verificato un mutamento di paradigma nell'approcciarsi alle figure sanitarie. Da un atteggiamento di "Deference", in forza del quale raramente dagli incidenti scaturivano procedimenti e, tantomeno, condanne nei confronti dei professionisti sanitari, si è passati gradualmente ad una spregiudicatezza giudiziaria, specie in ambito civile, diretta conseguenza, tra le altre cose, dell'attribuzione alla medicina moderna di capacità taumaturgiche e della patente di infallibilità¹⁹⁴. Tutto ciò, tra l'altro, spiega perché anche nel Regno Unito, stando ai dati poc'anzi riportati, siano recentemente aumentati i processi penali nei confronti di professionisti sanitari, nonostante la (tutto sommato) recente riaffermazione della *Gross Negligence* nel caso *Adomako*¹⁹⁵.

parte del medico, e, comunque, quasi mai in relazione a delitti colposi, S.J. ZIEGLER, *The Regulation of Medicine in the United States: A Mixture of Civile, Administrative and Criminal Laws and Penalties*, in P. MISTRETTA (a cura di), *French Law from a Comparative Law Perspective: for a n Overhaul of Medical Criminal Law?*, Lione, Institut Universitaire Varenne, 2017, 65 ss. Per un lavoro in chiave comparatistica tra Italia e Stati Uniti, A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009.

¹⁹⁴ Un affresco completo sul tema si deve a J. MIOLA, *The impact of the loss of deference towards the medical profession*, in A. ALGHRANI, R. BENNET, S. OST (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. I, *The Criminal Law and the Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, Cambridge, Cambridge UP, 2012, 220 ss. In effetti, qualcosa di non dissimile è accaduto anche in Italia. Basti pensare alla parabola applicativa dell'art. 2236 c.c. nel diritto penale, dapprima utilizzato direttamente per limitare l'area della punibilità ai soli errori "grossolani", poi circoscritto alle sole ipotesi di imperizia, infine ritenuto inapplicabile in ambito penale (su questi aspetti, in modo ampio già il § 2.1. ed, in particolare, la citazione dal libro di J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, cit., nella prima nota del capitolo II). La coincidenza tra gli anni delle pronunce citate e gli anni presi in esame rispetto all'esperienza neozelandese è perfetta. Tra gli scritti coevi, nella dottrina italiana, sono sintomatici del mutamento di paradigma gli scritti di A. CRESPI, *La "colpa grave" nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, cit. 255 ss.; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, cit., 399 ss. Sul senso di "disagio" che questo cambio di rotta ha suscitato tra gli operatori sanitari, F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, cit. 1063 ss.

¹⁹⁵ *Adomako* [1995] 1 AC, 187. Anche questo caso, peraltro, ha visto nelle vesti del *Defendant* un sanitario.

Come suggerito da un commentatore neozelandese, poi, una delle spiegazioni al quesito potrebbe essere trovata in un mutamento della normativa civilistica kiwi relativa al risarcimento del danno¹⁹⁶. Dal 1974, infatti, è stata limitata sensibilmente la possibilità di fare causa per morte o lesioni dovute a *Negligence*¹⁹⁷, di talché il ricorso al diritto penale potrebbe essere stato indotto anche dalle difficoltà di ottenere il risarcimento del danno¹⁹⁸. Si tratta, come noto, di un fenomeno tutt'altro che estraneo anche al nostro sistema penale.

In questa prospettiva, non è forse casuale che, in tutti i casi di condanna, le Corti si siano dimostrate sempre estremamente indulgenti con i sanitari (specie a fronte di una pena massima pari all'ergastolo), al punto da ritenere, in diverse vicende, nemmeno necessaria l'inflizione di una pena¹⁹⁹. In un'ipotesi soltanto è stata imposta una pena pecuniaria di 2.500 dollari²⁰⁰, mentre solo il Dott. Ramstead è stato condannato ad una pena detentiva (di 6 mesi), comunque sospesa²⁰¹.

In compenso, in modo – va sottolineato – mirabile, le Corti neozelandesi hanno sempre messo in luce gli effetti altamente negativi, sulla vita di un

¹⁹⁶ Così P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 237. D'accordo, R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 229 ss.

¹⁹⁷ In proposito, *Accidental Compensation Act 1972*, s. 5; *Accidental Compensation Act 1982* s. 27; *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992*, s. 14.

¹⁹⁸ Un altro mutamento normativo che, seppur intervenuto nel bel mezzo del periodo storico preso in esame, potrebbe aver incrementato le investigazioni è il *Coroners Act* del 1988, che ha introdotto l'obbligo di riportare alla polizia ogni morte come conseguenza di una anestesia o di un intervento chirurgico. È chiaro come, in virtù di tale norma, ogni evento infausto accaduto all'interno di un Ospedale sia diventato oggetto di attenzione e investigazione. Questa almeno l'idea di R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, cit., 237.

¹⁹⁹ Ciò è avvenuto in *Yogasakaran*, in *Morrison* e in *Brown*, infermiera di Wellington, la cui vicenda si può trovare nella *sentencing note* del giudice J. Gallen (*R v Brown*, 6 may 1994, S. 27/94, High Court, Wellington).

²⁰⁰ È il caso esaminato che ha visto imputato il Dott. McDonald.

²⁰¹ Vicenda descritta nei suoi tratti essenziali da P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 232. Gli estremi del procedimento d'appello sono: *R v Ramstead*, C.A. 428/96, 12 may 1997.

professionista sanitario, tanto del subire un processo penale quanto del significato penalizzante di una *Conviction*. Oltre che il forte stigma sociale, che in *New Zealand* è esemplificato alla perfezione dal celebre “*Granny Test*”²⁰², un processo ed una condanna penali, quand’anche – e nel caso dei medici non è raro – non portano ad una pena detentiva, recano con sé, anzitutto, un forte *stress* causato dalle investigazioni, ma anche procedimenti disciplinari, limitazioni alla libertà di movimento e coinvolgimenti mediatici imponenti²⁰³.

La *section 155* e la sua soglia civilistica della colpa rilevante in ambito penale sono state, dunque, “rispolverate” dai *Prosecutors* nel momento in cui il mutamento culturale della “*loss of deference*” nei confronti dei sanitari ha creato una forte domanda di tutela dei pazienti. Tali nuove (pressanti) istanze non hanno, nell’ordinamento neozelandese, trovato gli strumenti idonei a soddisfarle, cosicché, eliminata a metà degli anni ’70 la “valvola di sfogo” del diritto civile e, come si analizzerà meglio, complice un sistema disciplinare del tutto insoddisfacente, esse sono state convogliate verso la *Criminal Law*.

3.5. (segue): *Un caso esemplare di medicina difensiva*

Tutte le implicazioni del ricorso al diritto penale appena esaminate hanno alimentato anche in Nuova Zelanda la tipica reazione della classe medica

²⁰² Il test è illustrato come segue da A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 69: «*This test involves telling one’s Grandmother that one is in trouble. It is likely that she will understand a civil law suit as an unfortunate, but relatively normal transaction between individuals, and disciplinary proceedings as primarily a professional matter, but it may be difficult to persuade her that being prosecuted by the State for a serious crime does not imply that one is (at least allegedly) a bad person*».

²⁰³ La ricognizione giudiziale più lucida su questi profili è quella di *R v Long* [1995] 2 NZLR, 691, 700. In letteratura, peraltro dal punto di vista di un medico, A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 68, in particolare il paragrafo “*The harsh implications of a criminal prosecution*”.

alla sovraesposizione giudiziaria, ovvero la medicina difensiva (“*defensive medicine*”)²⁰⁴.

Oltre che nelle sue forme più classiche – l’eccesso di zelo con conseguenti controlli invasivi quanto inutili, l’elusione di interventi chirurgici rischiosi ma necessari – la *defensive medicine* da parte dei sanitari kiwi si è sviluppata anche secondo canoni più sottili. Ne è un esempio interessante la breve storia dell’*Anaesthetic Mortality Assessment Committee*, un comitato istituito nel 1979, quindi poco prima dell’inizio delle *Prosecutions*, dal Ministro della salute su sollecitazione proprio di un gruppo di anestesisti²⁰⁵. Due anni dopo, il comitato era stato confermato anche a livello normativo, con la creazione di un obbligo di *reporting* e, allo stesso tempo, con la finalità di difendere i sanitari che svolgevano tale attività.

La funzione dell’*Anaesthetic Mortality Assessment Committee* era, in buona sostanza, quella di studiare i casi di morte con una probabile correlazione con l’uso dell’anestesia. Gli studi, ovviamente, si fondavano sulle notizie inoltrate al Comitato dai *Practitioners*, che, come precisato, dal 1981 erano sottoposti all’obbligo giuridico di inviare informazioni. Il comitato non attribuiva alcuna colpa (lett. “*blame*”) ai sanitari che inviavano il materiale, ma si limitava a chiarire le dinamiche degli incidenti al fine di ridurre l’incidenza dell’anestesia sulle morti ospedaliere. Le informazioni ricevute dal Comitato erano, per statuto, segrete «*except for purposes of the investigation of crime or any criminal proceedings in respect thereof or of living evidence in any such proceeding*».

²⁰⁴ Si è scritto tanto in tema di medicina difensiva. A livello monografico, G. FORTI, M. CATINO, F. D’ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, cit.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit. Un quadro del fenomeno a livello internazionale è offerto da M. JONES, A. MORRIS, *Defensive medicine: myths and facts*, in (1989) 5 *Journal of the Medical Defence Union*, 40. D. KESSLER, N. SUMMERTON, J. GRAHAM, *Effects of the medical liability system in Australia, the UK and the USA*, in (2006) *Lancet* 368, 240 ss.

²⁰⁵ Sul tema, P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 242.

Se tale disposizione statutaria poteva avere scarsa rilevanza nel 1979, quando il Dott. McDonald (anestesista) viveva ancora tranquillo in Australia e lo stesso faceva Yogasakaran (anestesista) in Sri Lanka, essa nel tempo ha avuto un effetto deflagrante fino al punto, dieci anni dopo, di segnare la fine del *Committee*. Se nella prima decade di attività, infatti, vi erano stati all'anno più di 600 *reports* relativi a morti ricollegate alle pratiche anestetiche, nel 1989 i *reports* erano scesi a 68, nel 1991 a 18 e nel 1993 a 12, di talché, alla fine del 1993, il Presidente del Comitato poteva riferire che lo stesso era «*effectively defunct because of civil disobedience by those who campaigned for its establishment, namely the anesthtists of New Zealand*»²⁰⁶.

Intimoriti dal rischio di ritrovarsi nei panni dell'imputato in un processo penale, gli anestesisti neozelandesi hanno, quindi, tradito uno strumento che loro stessi avevano ritenuto fondamentale ed invocato a gran voce, interrompendo un lavoro di studio e monitoraggio che, nel tempo, avrebbe potuto salvare centinaia di pazienti²⁰⁷.

Non vi è esempio di medicina difensiva migliore di questo²⁰⁸.

3.6. Il New Zealand Medical Law Reform Group e la riforma del 1997

²⁰⁶ P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, cit., 242.

²⁰⁷ Quello del “*learn from errors*” è un

²⁰⁸ Alla luce di questo evidente fallimento, indotto dalla criminalizzazione, assume ancora più valore la scelta del legislatore di introdurre nel testo della riforma “Gelli-Bianco” l’art. 16, a norma del quale i documenti elaborati nell’ambito del *Risk Management* non possono fare ingresso in procedimenti giudiziari. Sul tema, più diffusamente, sia consentito fare rinvio a G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit. 105 ss.

Tra gli effetti delle *Prosecutions per Medical Manslaughter* va annoverata anche un'intensa attività di "lobbismo" da parte della classe medica.

La risonanza mediatica dei procedimenti penali nei confronti dei colleghi ha fatto acquisire ai sanitari neozelandesi consapevolezza circa la disciplina legale del *Negligent Manslaughter*. Da quel momento è iniziato, dapprima, un sentito dibattito sul significato di "medical error" e, segnatamente, su quando esso possa definirsi "colposo" (*Negligent*), che ha spesso coinvolto anche un'indignata opinione pubblica²⁰⁹.

L'ansia dovuta all'incremento delle *Prosecutions*, poi, ha fatto sì che venisse costituito un vero e proprio gruppo per coordinare le iniziative delle organizzazioni di professionisti sanitari rivolte a cercare un «*proper balance between the criminal code and other means of accountability in medicine*», il *New Zealand Medical Law Reform Group*²¹⁰. Tale Gruppo, "capitanato" dall'anestesista di Auckland (nonché Autore di numerosi e apprezzatissimi scritti in tema di responsabilità medica) Alan Merry e dal chirurgo Ross Blair, ha riscosso un fortissimo "*Grassroots support*" nel mondo medico, che ha appoggiato compatto ogni iniziativa intrapresa²¹¹.

Stando ad un'interpretazione "autentica", oltre a questo primo fattore della forte e spontanea aggregazione tra medici, una mossa strategica chiave nella

²⁰⁹ Tra i contributi più rilevanti apparsi su riviste mediche, M.F. ALLNUTT, *Human Factors in Accidents*, in (1987) 59 *British Journal of Anaesthesia*, 856 ss.; L.L. LEAPE, *Error in Medicine*, in (1994) 272 *Journal of the American Medical Association*, 1851 ss.; A.F. MERRY, D.J. PECK, *Anaesthetists, Errors in Drug Administration and the Law*, in (1995) 108 *New Zealand Medical Journal* 185 ss. Proprio di quegli anni è anche il celebre libro di J. REASON, *Human Error*, Cambridge, Cambridge UP, 1990.

Quanto alle reazioni dell'opinione pubblica alle *Prosecutions*, si ritiene indicativa la quanto accaduto nella vicenda *McDonald*, nel quale la madre della vittima, successivamente alla condanna del sanitario, ha dichiarato ad un quotidiano di essere convinta si trattasse di un procedimento disciplinare interno alla struttura e che lei, nonostante il lutto subito, non avrebbe perseguito penalmente l'anestesista. V. *The Press*, 22 novembre 1983, 1.

²¹⁰ Così il *New Zealand Medical Law Reform Group*, *Crimes Amendment Bill* (n. 5) 1996, "Medical Manslaughter", Submission (1997).

²¹¹ Nel linguaggio politico inglese, con l'espressione "*Grassroots*" si indica un movimento politico creatosi in modo autonomo e spontaneo all'interno di una comunità. Il termine, traducibile letteralmente come "radici nell'erba", rimanda al concetto di spontaneità del movimento che viene alimentato dal basso, a differenza di quei movimenti politici e culturali creati e sostenuti da strutture di potere tradizionali.

campagna del Gruppo per emendare il *Crimes Act* del 1961 è stata quella di non insistere per la creazione di uno statuto speciale della *Negligence* per soli sanitari. L'idea portata avanti dal *Reform Group* era, infatti, che ogni cambiamento normativo dovesse essere esteso a tutti, sulla scia dell'argomento per cui è il livello di rimproverabilità a dover determinare se ad una colpa deve seguire una *Criminal Prosecution*, non la professione di colui che ha causato la morte (o le lesioni) di un altro soggetto²¹².

Questa posizione, già espressa nella sentenza che, in quel momento, fungeva da punto di riferimento per la normativa inglese, il caso *Bateman*, ha aiutato i sanitari ad incrementare il sostegno pubblico al Gruppo, convogliando un diffuso timore dei procedimenti penali per colpa che, come già anticipato, non hanno riguardato soltanto medici²¹³.

Un altro fattore decisivo è stata senz'altro la campagna mediatica molto ben condotta dal Gruppo. Si è riusciti a far penetrare nell'opinione pubblica l'impressione di un medico oppresso, vittima di una “*unfair law*”, e, soprattutto, a far aleggiare lo spettro di un paziente che da quell'assetto normativo aveva soltanto “da perdere”. Quest'ultimo profilo è stato convogliato all'attenzione del pubblico attraverso la prospettazione dei rischi più “iconici” della medicina difensiva, come malati bisognosi di interventi chirurgici urgenti non in grado di trovare un professionista

²¹² A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 78. Sarà aspetto ripreso in seguito, ma il lettore avrà già notato una certa distanza con l'attuale *trend* italiano.

²¹³ In *R v Bateman* [1925] 19 Cr App R 8, era stato infatti affermato: «*the law is that anybody who causes the death of anyone else—it does not only apply to a doctor, it applies to motor drivers, railway men, or signalmen, to a number of people is criminally responsible*».

A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 93, riferisce ad esempio che, in quegli anni in Nuova Zelanda, l'industria del “*Bunjee jumping*” aveva chiuso i battenti a seguito della condanna per *Manslaughter* di un operatore del settore, reo di non aver, sotto l'effetto di marijuana, legato adeguatamente le gambe di un cliente, poi deceduto. È chiaro, però, come le *Prosecutions* nei confronti dei sanitari siano state molto più pubblicizzate e, soprattutto, studiate successivamente in dottrina.

disposto ad operarli per paura di una successiva *Prosecution*, l'inflizione di gravosi, ma inutili, esami strumentali e così via²¹⁴.

Forte dell'appoggio popolare, il *NZMLRG* ha ottenuto la riforma auspicata nel 1997, quando nel *Crimes Act* è stata introdotta la seguente previsione:

150A - Standard of care required of persons under legal duties:

«(1) This section applies in respect of the legal duties specified in any of sections 151, 152, 153, 155, 156, and 157.

(2) For the purposes of this Part, a person is criminally responsible for—

(a) Omitting to discharge or perform a legal duty to which this section applies; or

(b) Neglecting a legal duty to which this section applies—
only if, in the circumstances of the particular case, the omission or neglect is a major departure from the standard of care expected of a reasonable person to whom that legal duty applies in those circumstances».

La statuizione dei *legal duties* è quindi rimasta, ma il nuovo requisito della “*major departure*” dallo “*standard of care*” ha riallineato l'ordinamento neozelandese al parametro della *Gross Negligence* tipico degli altri Paesi anglosassoni, nei quali esso è presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità penale di tipo colposo²¹⁵.

3.7. *Lo spazio libero dal diritto penale e le alternative all'incriminazione: tra procedimenti disciplinari e riabilitazione*

²¹⁴ Il che dimostra anche una certa abilità nel maneggiare i Media. Molto interessante in proposito la rassegna di titoli giornalistici contenuta nello scritto di R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, cit., 231.

²¹⁵ Ad esempio, secondo quanto stabilito nella più volte citata sentenza *Adomako*, per essere punibile bisogna che il “*breach of duty*” che ha portato alla morte della vittima sia *gross*. Come già riferito, anche in Italia, nelle rare occasioni nelle quali si è provato a delineare la distinzione tra gradi della colpa, si è partiti dalla misura della oggettiva violazione del dovere di diligenza.

Il percorso di avvicinamento della Nuova Zelanda all'orbita della colpa grave si è dunque concluso nel 1997.

Dal quel momento ad oggi si contano solo due *Prosecutions*, una delle quali nei confronti di una ostetrica di Dunedin, che peraltro, anche se protagonista di un errore assolutamente grossolano, è stata assolta sulla base della nuova disciplina²¹⁶.

Il peso del mutamento legislativo si avverte ancora meglio se si considera che, a fronte di solo due processi in 20 anni, i *complaints* nei confronti di professionisti sanitari, le *incident review* e le attenzioni dei media per gli eventi avversi sono, invece, aumentati notevolmente durante e dopo l'approvazione della riforma²¹⁷. Da ciò emerge con evidenza come due decenni di processi penali per *Malpractice* abbiano cambiato il rapporto della società neozelandese con l'errore medico, inducendola ad un atteggiamento più attento e colpevolista²¹⁸.

In questa prospettiva, assume interesse comprendere quali strumenti siano stati utilizzati per sostituire, nella tutela della salute dei pazienti, le incriminazioni ad opera dei *Public Prosecutors*. Se si considerano altresì gli *Acts* del 1974 e degli anni successivi in materia di risarcimento danni, infatti, il rischio era quello di sguarnire di qualunque presidio giuridico i diritti dei malati, facendo pendere i piatti della bilancia decisamente a favore dei sanitari. D'altronde, come ben messo in luce dalla rassegna casistica, la

²¹⁶ Caso riportato da R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, cit., 244. Per gli estremi dell'altro processo, celebrato nel 2003, A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 77.

²¹⁷ Sul punto, R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, cit., 229. Le attenzioni giornalistiche riservate alla *Malpractice*, sin qui messe in risalto in chiave prevalentemente negativa, hanno, in realtà, sortito anche effetti positivi. Come rileva M.L. MILLENSON, *Pushing the profession: how the news media turned the patient safety into a priority*, in (2002) 11 *Quality Safety Health Care*, 57 ss., lo studio sistemico degli errori medici era, infatti, in corso a partire dagli anni '50, ma nulla veniva fatto a livello operativo. L'attenzione dei media ha "spinto" a studiare strategie concrete per ridurre la frequenza degli errori.

²¹⁸ G. PHIPPS, *Public Airing Leads to Culture of Shame*, in *New Zealand Doctor*, 28 gennaio 2004, 19.

sanità neozelandese scontava alcuni problemi di fondo di non poco momento, in particolare a livello organizzativo e di reclutamento del personale, cosicché la salute dei pazienti e la sua tutela dal rischio di danno iatrogeno costituivano problemi non secondari²¹⁹.

Oltretutto, se è vero, come insegna Ashworth, che il diritto penale serve anche come segnale alle vittime e ai loro cari che vi è stata una pubblica presa di coscienza del “*Wrongdoing*”²²⁰, la parentesi criminale potrebbe essere stata indotta anche dalla sostanziale assenza di altri schemi di attribuzione della responsabilità e, nella specie, di un sistema disciplinare efficace²²¹. Negli stessi anni delle *Prosecutions*, infatti, forse complice anche l’atteggiamento difensivo assunto dalla classe medica per il costante coinvolgimento giudiziario e mediatico, i procedimenti disciplinari, di solito effettuati presso le singole strutture, erano in continua (e preoccupante) diminuzione, raramente portavano all’affermazione di responsabilità (i colleghi, evidentemente, tendevano a difendersi tra loro) e, soprattutto, si svolgevano privatamente²²².

È così che nel settembre 2004, per conferire trasparenza ed effettività a tali giudizi, è stata data la vita al *New Zealand’s Health Practitioners Disciplinary Tribunal*, con competenza su tutti i *complaints* indirizzati nei

²¹⁹ Viene ammesso da tutti i commentatori neozelandesi il fatto che, sguarnita di fatto della possibilità di azionare il diritto civile, la tutela dei pazienti fosse in quegli anni, grandemente sottosviluppata. Tra l’altro, le incriminazioni individuali, allocando la “*blameworthiness*” in capo ai singoli sanitari, avevano per anni nascosto le inefficienze del sistema che, per esempio, si sono già evidenziate nei casi *McDonald* e *Yogasakaran*. In questo senso anche R. PATERSON, *The Public’s Hue and Cry: Medical Complaints in New Zealand*, in (2001) 6 *Journal of Health Services Research and Policy*, 193.

La scarsa tutela dei malati ha condotto anche alla formazione di un vero e proprio movimento per la salute dei pazienti, del quale si trova notizia in R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand’s response to health practitioner negligence*, cit., 238 ss.

²²⁰ Cfr. A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 28 ss.

²²¹ Molto puntuale su questi aspetti, l’analisi di R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand’s response to health practitioner negligence*, cit., 235.

²²² Per un quadro dei problemi, nell’imminenza della creazione dell’organo, D.B. COLLINS, *New Zealand’s Health Practitioners Disciplinary Tribunal*, in (2006) *Medicine and Law* 25, 254 e ss.

confronti di tutti gli esercenti le professioni sanitarie registrati in Nuova Zelanda²²³.

La nozione di *Health Professionals* è intesa in senso lato e sono, pertanto, ricompresi nella giurisdizione del Tribunale anche categorie che, in Italia, non sempre hanno potuto approfittare delle recenti riforme legislative, come ad esempio, chiropratici, fisioterapisti, ostetriche, infermieri, tecnici di laboratorio, dietisti, farmacisti, igienisti dentali, ottici.

Quanto alla sua composizione, il Tribunale è formato da un *Chairman*, assistito da tre avvocati esperti e da un *panel* di professionisti sanitari. Quando decide relativamente ad un'accusa, si forma un collegio presieduto dal *Chairman* o da uno degli altri tre avvocati, un non professionista nominato dal Ministero e tre sanitari coetanei del professionista accusato scelti nel *panel*.

Le accuse vengono prima vagliate da un *Health and Disability Commissioner*, che poi, in caso di non infondatezza, passa la pratica ad un *Director of Proceedings*.

L'accusa però, oltre che da quest'ultimo, può essere sostenuta anche da un comitato di professionisti. In tali casi, non c'è bisogno del preventivo vaglio dell' *Health and Disability Commissioner*.

Chi viene accusato presso il Tribunale disciplinare può essere sanzionato se il «*practioner*

- *is guilty of professional misconduct because of any act or omission that, in the judgment of the Tribunal, amounts to malpractice or negligence;*
- *is guilty of professional misconduct because of any act or omission that, in the judgment of the Tribunal, has or was likely to bring discredit to the practitioner's profession;*
- *has been convicted of an offence that reflects adversely on his or her fitness to practice;*
- *has practised without a current practicing certificate;*
- *has performed a health service beyond their registered scope of practice;*
- *has failed to observe any condition registered on their authority to practice;*
- *has breached an order of the Tribunal».*

²²³ Su questa originale forma di Tribunale vale in particolare la pena leggere la descrizione del suo primo Presidente, D.B. COLLINS, *New Zealand's Health Practitioners Disciplinary Tribunal*, cit., 249 ss. Sia consentito qui osservare come a capo dell'organo sia stato posto un avvocato di grande esperienza nel ramo della responsabilità sanitaria, che, successivamente, è diventato *Solicitor-General* ed infine, dal 2012, giudice della *High Court* (informazioni tratte dalla breve biografia su www.wikipedia.org). Va altresì specificato che la nomina di D.B. Collins ha soddisfatto un requisito richiesto dalla stessa legge per la carica di *Chairman*.

Il *New Zealand's Health Practitioners Disciplinary Tribunal* è stato stabilito dall'*Health Practitioners Competence Assurance Act 1003* ("HCPA" Act).

Le sanzioni che l'organo disciplinare può infliggere sono la radiazione, la sospensione fino a tre anni, la restrizione delle discipline che il sanitario può svolgere, la multa fino a 30.000 dollari neozelandesi, la pubblica censura.

Il procedimento è ricco di garanzie ed improntato su un processo penale. L'onere della prova è interamente a carico dell'incolpante, che ha la facoltà di controinterrogare i testimoni, ma lo *standard* da provare per poter sanzionare il sanitario è, in genere, quello civilistico. Esso, tuttavia, si alza per le accuse più gravi.

Statisticamente, il nuovo Tribunale non ha avuto l'impatto che ci si attendeva ed i suoi servizi sono oggi riservati ai soli casi più gravi. Questo non perché vi sia stata la tentazione di un ritorno al diritto penale, ma perché pare aver prevalso uno strumento alternativo che era stato introdotto qualche anno prima, in coincidenza con l'emendamento del *Crimes Act*.

Nel 1996, infatti, è stato approvato il *Code of Patient's Rights*, che ha stabilito una serie di obblighi in capo agli operatori sanitari, la cui violazione è ricollegata ad una sanzione disciplinare o civilistica anche in assenza di un evento lesivo²²⁴. A vigilare sull'adempimento del Codice è la *Health and Disability Commission* (HDC), che ha a disposizione più strumenti, *in primis*, come già accennato, la possibilità di avviare un procedimento disciplinare avanti all'apposito Tribunale, all'interno del quale assume le veci dell'accusa.

Ma la Commissione ha altre frecce al suo arco. In particolare, la più utilizzata – spesso addirittura perché richiesta dagli stessi sanitari – è la “*Competence Review*”. Nei casi in cui è possibile sia stata commessa una violazione del Codice, la HDC assiste il professionista nel comprendere l'errore e predisporre una scheda delle sue competenze da implementare per il futuro. Spesso, tale valutazione avviene senza la pressione cagionata da un

²²⁴ Sul tema P.D.G. SKEGG, *A Fortunate Experiment? New Zealand's Experience with a Legislated Code of Patients' Rights*, in (2011) 19 *Medical Law review*, 249 ss.

evento infausto, poiché, come detto, può essere azionata anche se non vi sono state conseguenze alla violazione. Non a caso, questo strumento è l'unico che, dalla sua introduzione, è in costante crescita: non giudica il medico, ma lo aiuta nel non sbagliare ancora²²⁵.

Esaminato, per quanto superficialmente, anche quest'ultimo aspetto, è il momento di tirare le fila del lungo discorso intrapreso, sottolineando alcuni insegnamenti che, *ex post*, è possibile ricavare dal breve tratto di storia del diritto penale neozelandese esaminato. Certo, molte delle considerazioni che si andranno ad illustrare sono già state prospettate anche dalla dottrina nostrana, ma si ritiene che esse assumano, alla luce di un'esperienza inedita come quella neozelandese, una forza diversa, perché confermate empiricamente dalla parabola della colpa lieve in un ordinamento che, pur appartenente ad una cultura giuridica diversa, si è trovato improvvisamente a fare i conti con uno dei problemi tipici dei sistemi di *Civil Law*, ovvero la sovrapposizione tra la colpa penale e quella civile.

3.8. Conclusioni. La “lezione” della Nuova Zelanda

Visto il numero di considerazioni che è possibile svolgere rispetto al cammino neozelandese per la depenalizzazione della *Simple Negligence*, conviene presentarle in modo schematico, anche se, ovviamente, si tratta di “vasi (molto) comunicanti” tra loro.

a) *Il numero di processi per reati colposi è inversamente proporzionale al grado di colpa adottato. Non è una questione di “prassi” applicativa o di cultura giuridica, ma di norme*

²²⁵ Su tutti questi aspetti R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, cit., 235 ss.

La prima conclusione che si deve trarre, anche a costo di risultare didascalici, è che in un sistema in cui non viene richiesto un grado di colpa qualificato le imputazioni per reati colposi sono più numerose rispetto a quelle di un ordinamento nel quale è necessario provare un “di più” rispetto alla colpa ordinaria.

Si badi, però, che non si tratta di un’affermazione dai contorni così lapalissiani; perlomeno non quanto potrebbe, in prima battuta, apparire. Ancora oggi, parte della dottrina italiana ha letto nelle recenti riforme in tema di responsabilità medica una sorta di “monito” da parte del legislatore alla giurisprudenza, invitata ad applicare le elaborazioni dottrinali in tema di colpa e di causalità della colpa²²⁶. In altre parole, a giudizio di questi Autori non vi sarebbe bisogno di un innalzamento del grado di colpa punibile – quello che il legislatore, così goffamente, ha in realtà provato ad edificare –, ma sarebbe sufficiente una rigida applicazione, anche nella prassi, della teoretica sulla colpa penale per garantire una discreta ritrazione del diritto criminale dalla casistica medica.

È ovvio che una giurisprudenza più predisposta a recepire le migliori istanze del dibattito dottrinale modificherebbe grandemente e in senso positivo i connotati della nostra colpa penale²²⁷. Tuttavia, tale posizione non può essere condivisa in pieno.

²²⁶ In particolare O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, cit., 2163; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l’art. 590-sexies c.p.*, cit., 21 ss.

²²⁷ Peraltro, in tempi recenti, una parte della IV Sezione della Corte di Cassazione (quella che, consuetamente, si occupa di reati colposi) si è mostrata tutt’altro che sorda a quanto proveniente dal dibattito dottrinale. Ad esempio, la recentissima sentenza “De Luca-Tarabori” (v. Cass. pen., IV Sez., 20/5/ 2017, n. 29187, cit.) sembra aver instaurato, anche per mezzo di richiami espliciti alle «perplexità già espresse dagli studiosi», un fecondo dialogo sulla riforma “Gelli-Bianco”, aprendosi anche a soluzioni alternative proposte in letteratura come, appunto, la depenalizzazione della colpa medica in ambito sanitario. Tra le pagine della motivazione sembra quasi emergere un senso di rammarico per la formulazione dell’art. 590-sexies c.p., al punto che, alla fine della pronuncia, viene

In primo luogo perché, come si è provato a mettere in luce nel capitolo precedente, il legislatore della “Gelli-Bianco” non aveva in mente alcun “monito”, ma mirava in modo del tutto evidente all’introduzione di una norma “riduzionista”, che limitasse una volta per tutte l’area della punibilità per reati colposi. Ancora è difficile spiegare come, poi, da questi intenti, dichiarati e ampiamente pubblicizzati persino dopo l’approvazione della legge, si sia giunti alla formulazione finale dell’art. 590-*sexies* del codice penale²²⁸.

In secondo luogo, è proprio il confronto tra Nuova Zelanda ed Inghilterra a dare la misura di quanto le norme siano decisive sull’estensione del perimetro applicativo della colpa penale.

“rilanciato” l’art. 2236 c.c. come plausibile alternativa alla carente disciplina confezionata dal legislatore.

In quella stessa occasione, inoltre, la Corte, prima di affrontare le nuove sfide interpretative sollevate dalla riforma, ha effettuato una ricognizione su alcune questioni importanti (posizione di garanzia, causalità della colpa, responsabilità dello psichiatra), allineandosi spesso e volentieri agli approdi da tempo raggiunti dalla dottrina.

L’aspetto critico rimane quanto esempi virtuosi di questo genere vengano, poi, “seguiti” in concreto nelle Corti di merito o, in altre composizioni, dalla medesima Corte di legittimità. In questa prospettiva, ancorché relativa a materia del tutto diversa (il ruolo della sentenza di fallimento nelle fattispecie di bancarotta), il caso della nota sentenza “Corvetta”, al tempo stesso rivoluzionaria e “smentita” non solo dalle pronunce successive, ma persino dallo stesso collegio in una sentenza emessa nel corso della medesima udienza, ci insegna la volubilità di certe prese di posizione (v. Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, imp. Corvetta, rel. Demarchi Albengo). In proposito, F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 gennaio 2013. *Amplius*, A. MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa” della legittimità interpretativa del reato di bancarotta*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016. Per una più ampia riflessione sul valore del precedente nel nostro ordinamento, condotta in comparazione con i sistemi anglosassoni, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio in action sulla legalità*, Torino, 2014.

Peraltro, dopo la compilazione di questa nota, si è avuta notizia dell’intervento della sentenza “Cavazza” in totale contrapposizione con la precedente “Tarabori” (in proposito, § 2.3.5). Fermo quanto già detto di tale pronuncia, che ha costretto a rimettere i punti di contrasto alle Sezioni Unite, tale sentenza qui rileva in quanto il suo relatore faceva parte del collegio giudicante nella prima vicenda.

²²⁸ Va tenuto presente anche che si tratta di una riforma molto articolata, che alla responsabilità penale dedica solo un paio di articoli. È plausibile che l’approvazione sia avvenuta anche nella consapevolezza che il Senato aveva modificato la disciplina penalistica in termini non coerenti con la complessiva ed iniziale *ratio legis*.

Come si è osservato, pure se solo tangenzialmente, è da tempo che anche la dottrina inglese, supportata da statistiche inequivocabili, segnala con preoccupazione un aumento delle *Prosecutions per Medical Negligence*²²⁹. L'incremento c'è stato nonostante, proprio negli anni in cui i sanitari neozelandesi erano condotti alla "sbarra", nel *leading case Adomako*, la Corte Suprema abbia riaffermato l'imprescindibilità della *Gross Negligence* perché possa configurarsi il *Mansalughter*²³⁰. La ragione, pertanto, non può essere ricercata sul piano normativo, bensì solo su quello della *Policy* accusatoria²³¹. Si tratta, del resto, di numeri ampiamente "sotto controllo" (poco più di due casi all'anno) e in nessun modo paragonabili a quelli di un ordinamento continentale, *in primis* il nostro. Sembrerebbe trattarsi di una fisiologica oscillazione, dovuta ai riflessi che hanno le contingenze storiche (tra le quali, ad esempio, la già richiamata perdita di *deference* nei confronti dei medici) sulla prassi applicativa.

Il caso della Nuova Zelanda è diverso. Ha assunto le proporzioni di una "patologia", se raffrontato al resto del mondo di *Common Law*. I numeri ci dicono che è come se in Inghilterra i casi di *Medical Negligence* perseguiti fossero, all'improvviso, più che quintuplicati. Addirittura, prendendo in considerazione un preciso arco temporale, emerge che per un periodo la

²²⁹ Pare proprio essere in corso una "levata di scudi" da parte della dottrina inglese. Cfr. A. ASHWORTH, *Criminal Liability in a Medical Context: the Treatment of Good Intentions*, in A.P. SIMESTER, A.T.H. SMITH (a cura di), *Harm and Culpability*, Oxford, Oxford UP, 1996, 173 ss.; M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, cit.; D. ARCHARD, *Criminalising Medical Negligence*, in ALGHRANI, R. BENNETT, S. OST (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. I, *The Criminal Law and the Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, Cambridge, Cambridge UP, 2012, 236 ss.; O. QUICK, *Medicine, Mistakes and Manslaughter: a Criminal Combination?*, in (2010) 69 *Cambridge Law Journal*, 186 ss.; ai quali vanno aggiunti, lo scozzese A. MCCALL SMITH, *Criminal Negligence and the Incompetent Doctor*, (1993) *Medical Law Review*, 336 ss. I dati utilizzati da tutti gli Autori sono quelli di R.E. FERNER, S.E. MCDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005*, cit., 309.

²³⁰ *Adomako* [1995] 1 AC, 187.

²³¹ Come rilevato, tra gli Autori citati nella che precede, specialmente da O. QUICK, *Prosecuting "Gross" Medical Negligence: Manslaughter*, cit., *passim*; nonché da A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 82.

Nuova Zelanda ha avuto più processi per colpa che la somma di quelli che, negli stessi anni, si sono tenuti in tutto il *Commonwealth*²³².

E difatti, in pochissimo tempo, si è ritenuto di dover modificare la disciplina del *Negligence Mansalughter*, anziché – soluzione più agevole per ammissione dello stesso A. Merry – provare ad incidere sulla *Policy* dei *Public Prosecutors*²³³.

E anche sotto questo profilo l'esperienza neozelandese è altamente dimostrativa. Come si è riferito, il grado di colpa adottato in Nuova Zelanda è stato quello ordinario a partire dal 1893. Per lunga parte del secolo scorso, tuttavia, a parte qualche sporadico *case*²³⁴, le *sections* 155 e seguenti hanno riposato silenziose sotto la coltre di polvere che, di solito, si posa sui libri antichi, per essere riscoperte circa novant'anni dopo la loro introduzione nell'ordinamento (primi Anni '80).

Il tempo – non è certo questa una scoperta – cambia il volto delle norme e l'interpretazione che ne viene data. Ma, mentre le *Policies* investigative e gli orientamenti giurisprudenziali mutano e si evolvono col passare degli anni, inseguendo anche le esigenze della società, le norme rimangono. E nulla vieta che, in un ordinamento che richiede il medesimo *standard* per l'integrazione di una colpa penale e di una civile, nonostante la prassi riesca, per un dato periodo, a ridimensionare gli effetti di tale equiparazione, il problema, come accaduto in Nuova Zelanda, (ri)emerge all'improvviso²³⁵. Nella storia neozelandese, è bastata una modifica all'impianto della normativa sul risarcimento del danno da *Malpractice* medica per far tornare *in auge* la *Criminal Law*.

²³² Così P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals*, cit., 221.

²³³ A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 83.

²³⁴ *R v Dawe* [1911] 30 NZLR 673; *R v Storey* [1931] NZLR 417, 432.

²³⁵ In questa prospettiva, si è avuto un esempio nel capitolo che precede. Come si è detto, la curva applicativa dell'art.2236 c.c. sembrava essere una "parabola". In realtà, viste le recenti riaffermazioni della norma anche con riguardo alla responsabilità penale, essa somiglia sempre più ad una curva "sinusoidale".

In definitiva, è vero che una rigorosa applicazione degli istituti associati alla colpa – principio di affidamento, causalità della colpa, “doppia misura” – porterebbe senz’altro con sé effetti benefici ed una diminuzione del contenzioso giudiziario, sia a livello di colpa medica che di colpa “comune”. Nondimeno, la Nuova Zelanda insegna che ciò non è abbastanza. Per cambiare davvero, bisogna cambiare le norme.

Ma se per cambiare serve una strategia (v. *sub b*), è il caso di comprendere anche perché questo cambiamento è necessario (v. *sub c*).

b) Sembra più facile procedere ad una complessiva depenalizzazione della colpa grave che introdurre una norma di favore per un settore particolare, nonostante il processo di “differenziazione” della colpa penale

In questa prospettiva, *de jure condendo*, dall’esperienza neozelandese si apprende che una riforma recante con sé un regime speciale per uno specifico settore della responsabilità colposa, oltre a potersi porre in tensione con il principio di uguaglianza, ha meno possibilità di ottenere il via libera a livello parlamentare. Come detto, la fortuna del *NZMLRG*, secondo l’opinione di uno dei suoi fondatori, è stata quella di proporre una modifica legislativa a vantaggio di tutti i consociati e non il riconoscimento di un particolare grado di colpa per sanitari. Questa mossa strategica ha garantito al Gruppo l’appoggio popolare ed aiutato molto nell’opera di *lobby* condotta per riformare i *Crimes Acts*.

D’altro canto, come rilevato nel capitolo precedente, sembra che dietro le imperfette – per usare un eufemismo – formulazioni delle riforme “Balduzzi” e “Gelli-Bianco” vi sia proprio la preoccupazione di non creare una disciplina illegittima sul piano costituzionale²³⁶.

²³⁶ Si ricorderà che la legge “Balduzzi” fu accolta nell’ordinamento da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano. Oltre a lamentare un “vuoto” nella tutela dei pazienti, la nuova disciplina, rivolgendosi alla sola classe medica, era stata

Le norme di favore (o presunto tale, come l'ultima) sono state costruite su equilibri difficili, con la predisposizione di cautele eccessive, che hanno imbrigliato l'operatività della colpa grave: le linee guida, la loro adeguatezza, l'imperizia. Specialmente quest'ultimo requisito, sembra predisposto quasi a "protezione" dell'art. 3 della "Balduzzi" e dell'art. 590-*sexies* c.p.: il metro di valutazione privilegiato è applicabile solo quando l'errore sia stato "tecnico" e non dovuto a "comuni" negligenze o imprudenze²³⁷.

Chi scrive, in più occasioni, ha sostenuto che una disciplina speciale per l'attività sanitaria sarebbe costituzionalmente legittima anche laddove predisponesse la generale punibilità per colpa grave, differenziando i medici da tutte le altre categorie²³⁸. Tali, infatti, sono le peculiarità dell'*ars* medica da giustificare un trattamento diverso a livello penale²³⁹.

Tale posizione – non lo si nasconde – è ispirata anche da un approccio realistico.

I recenti interventi del legislatore in materia sanitaria, infatti, appaiono coerenti con la tendenza, sempre più marcata, di procedere ad una "differenziazione" della responsabilità penale per colpa per contesti diversi, creando dei veri e propri sottosistemi *ratione materiae*²⁴⁰. In questa

accusata di prevedere un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altri settori della responsabilità colposa al contrario, per esempio, di quanto stabilito dall'art. 2236 c.c., la cui limitazione di responsabilità per colpa grave, giustificata dalla speciale difficoltà del caso, riguarda tutti i prestatori d'opera e non solo coloro che "indossano il camice". Per gli estremi della questione, Trib. Milano, Sez. IX (ord.), 21/3/2013 (est. Giordano), cit.

²³⁷ Per una critica di questa impostazione legislativa, si rimanda al Cap. II., § 2.2.5.

²³⁸ V. G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 107.

²³⁹ La dottrina, del resto, ha speso argomenti piuttosto persuasivi per giustificare un trattamento diverso per l'esercente una professione, che è impegnato in un contesto davvero unico. Si veda O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., p. 6. *Contra*, tuttavia, anche autorevoli Autori come M. ROMANO nella "tavola rotonda" riportata in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, G. MAZZUCATO, N. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 123-124.

²⁴⁰ Diversi gli Autori che sottolineano questo fenomeno. Qualche riferimento affiorava già in M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss. Più recentemente, per una tematizzazione più completa, A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e*

prospettiva, mentre nell'ambito della responsabilità degli esercenti la responsabilità sanitaria si è proceduto nella direzione di una restrizione dell'area del penalmente rilevante, in altri contesti, la direttrice seguita dal legislatore è stata di segno diametralmente opposto. Un chiaro esempio di discutibile diversificazione della responsabilità penale colposa lo ha offerto il legislatore in tempi recenti, riformando la disciplina della criminalità stradale (l. 23 marzo 2016, n. 41) con disposizioni che presentano diffusi profili di irrazionalità intrinseca, sono mal coordinate tra loro e con le norme del c.d.s., ma, soprattutto, sono talmente eccentriche dal punto di vista sanzionatorio da prevedere cornici edittali talvolta addirittura più severe per le lesioni personali (gravi o gravissime) rispetto a quelle per l'omicidio colposo (non "stradale")²⁴¹.

Questa evidente biforcazione nel cammino della colpa medica e di quella stradale rende molto difficile ritenere come la strada più agevole da percorrere quella di una generale elevazione del grado di colpa. D'altronde, la stessa opinione pubblica, posta di fronte al bivio, difficilmente

l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2016, 1 ss.

A ciò si aggiunga anche l'apporto della giurisprudenza, in particolare di Cassazione, la quale ha elaborato orientamenti che hanno deformato il volto dell'illecito colposo: si pensi alla casistica in tema di morti per contatto con sostanze pericolose (come l'amianto) o di eventi catastrofici. Tra le più recenti, si veda l'analisi critica di L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *Indice pen.*, 2016, 12 ss.

Per un'accezione più "statica" della "specializzazione" della colpa penale, si veda F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 419 ss., il quale distingue tra «colpa comune», intesa come relativa ad «attività rischiose, giuridicamente non autorizzate», e «colpa speciale (o professionale: medica, stradale, imprenditoriale, sportiva, ecc.), che riguarda le attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate, se mantenute [...] nei limiti segnati dalle regole cautelari, scritte o non scritte, che prescrivono non l'astensione dall'attività rischiosa, ma lo svolgimento della stessa in presenza di certi presupposti o secondo certe modalità».

Mentre distingue tra "colpe" all'interno di un sotto-tipo di colpa, quella sui luoghi di lavoro, D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza sul lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 165 ss.

²⁴¹ *Ex multis*, M.L. MATTHEUDAKIS, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in *Arch. pen. (web.)*, 2017, 1 ss.

rinuncerebbe alle “agognate” norme sull’omicidio stradale per riconoscere ai medici un po’ di tranquillità giudiziaria²⁴². Non va tralasciato, tuttavia, come anche nella stessa Inghilterra il settore della criminalità stradale goda di un regime diverso – *rectius*: molto più severo – rispetto a quello generale della *Gross Negligence*²⁴³. Ferma l’irragionevolezza di alcune norme della riforma del 2015, allora, occorre chiedersi se l’eccezione – in senso benevolente – debbano essere i medici oppure – in senso repressivo – gli utenti della strada²⁴⁴.

Ciò che emerge dall’esperienza neozelandese, però, è che meno eccezioni si apportano alla regola generale e più è facile giustificare agli occhi dell’opinione pubblica un regime di imputazione generale più garantista.

c) *La colpa ordinaria come “maquillage” di facciata per ipotesi di “responsabilità oggettiva occulta”*

Un argomento della dottrina italiana a sostegno dell’estensione della forma qualificata della colpa grave quale ordinario criterio di imputazione dei delitti colposi è che, dietro la colpa lieve, si nasconderebbero ipotesi di “responsabilità oggettiva occulta”²⁴⁵.

In effetti, i casi neozelandesi descritti – talvolta, anche senza lesinare sui particolari – nelle pagine che precedono, dimostrano come, spesso, il coefficiente di colpevolezza attribuibile agli imputati fosse tutt’altro che

²⁴² Sottolinea in particolare come la riforma dell’omicidio stradale siano figlie soprattutto di una ricerca di consenso politico M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, 152 ss. Più in generale, su interventi di riforma esemplari, che cercano il consenso attraverso norme simboliche, G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 256.

²⁴³ Si veda D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, Oxford, Oxford Up, 2015, 14th ed., 168 ss.

²⁴⁴ Le ragioni che hanno indotto un trattamento speciale per gli automobilisti sono spiegate in M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit.

²⁴⁵ M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 154. Anche le espressioni utilizzate nel titolo della conclusione sono da attribuirsi all’Autore.

consistente. Ed anzi, si è volutamente indugiato su certi dettagli di contorno, specie per quanto riguarda le vicende *McDonald* e *Yogasakaran*, per mettere in rilievo proprio il *deficit*, dal punto di vista soggettivo, delle condanne emesse nei loro confronti.

In tutti e due i casi, la violazione della regola di cautela – l'utilizzo della manopola sbagliata, il mancato controllo della fiala da iniettare – è indiscutibile e, forse, pur senza addentrarsi nel comprendere cosa significhi con esattezza (e ricordandosi che, comunque, non era richiesto ai fini dell'affermazione di responsabilità), anche *grave*. Solo su questo profilo, tuttavia, si è incentrato il giudizio delle giurie, all'uopo istruite dai giudici, di talché le decisioni hanno affermato una *Negligence* dai connotati esclusivamente normativi ed oggettivizzati.

E dire che le due vicende lasciavano ampi spazi per una valutazione su un piano soggettivo. Entrambi, infatti, al momento dei fatti contestati, erano arrivati da poco da un Paese straniero: il Dott. McDonald, addirittura, il giorno prima; mentre, il Dott. Yogasakaran era molto giovane e, formalmente, ancora in tirocinio.

McDonald aveva avuto solo la nottata precedente all'intervento per prendere confidenza con le apparecchiature messe a disposizione dal Servizio sanitario neozelandese e, tra l'altro, le poche certezze acquisite erano state scompagnate dal cambio del teatro operatorio deciso all'ultimo minuto. A tutto questo va aggiunto che era daltonico!

Yogasakaran, invece, aveva fronteggiato una situazione emergenziale – forse, data la giovane età, una delle prime? – e, ciononostante, si era ben comportato, individuando la soluzione più appropriata a livello terapeutico. Nell'attuarela era però “caduto” rispetto allo *standard*, indotto all'errore dal posizionamento dei farmaci nel carrello diverso dal solito.

Nessuno di questi aspetti trova spazio nelle sentenze di condanna. Come detto, l'elemento decisivo è stato, come se si trattasse di stabilire del risarcimento dei danni, la violazione del “*duty of care*”. È venuto, quindi, a

realizzarsi quell'abbraccio, anche a livello dogmatico, tra colpa penale e colpa civile, tristemente noto ai sistemi giuridici continentali. D'altronde, come si è più volte specificato, dopo la riforma degli *Accidental Compensation Act* del 1974, il diritto penale ha supplito a finalità che, di solito, vengono attribuite al ramo civilistico di ogni ordinamento.

Anche gli altri casi esaminati presentano, in quest'ottica, aspetti di interesse. Quello del dentista, Mr Arnott, in particolare ha permesso di osservare come le mancate affermazioni di responsabilità, siano avvenute, in quegli anni, quasi sempre sul piano del nesso causale, che, fatti salvi i casi di responsabilità contrattuale, è requisito da provare anche in ambito civilistico (o, comunque, nei casi di responsabilità oggettiva in ambito penalistico).

Si tornerà senz'altro su tutti questi profili. Per ora, è giusto il caso di notare come, nel corso di questa sua breve parentesi, la colpa neozelandese sembrasse quasi uno specchio della nostra, perlomeno per come, da anni, è descritta a livello dottrinale.

d) L'incriminazione del singolo per colpa lieve nasconde, in molti casi, una genesi dell'incidente strutturale od organizzativa

Nell'alveo delle organizzazioni complesse (quali sono anche le strutture sanitarie), l'incriminazione della colpa lieve nasconde, non di rado, problemi strutturali ed organizzativi di ben altra portata²⁴⁶. Anche questo tema è noto e sarà oggetto di successivo approfondimento, ma è bene evidenziarne la "fisionomia" nei casi neozelandesi.

A ben vedere, sia McDonald che Yogasakaran sono coloro che, come si usa dire in gergo, sono stati trovati con la "pistola fumante" in mano, ma, evidentemente, non possono essere considerati per intero responsabili per

²⁴⁶ Per un recente sviluppo del problema in ambito sanitario, sia consentito il rinvio a G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. legale*, 2016, 737 ss.

gli eventi avversi verificatisi, rispetto ai quali, un ruolo fondamentale è stato svolto da errori “sistemic”²⁴⁷.

Anche solo osservando questi due casi, ad esempio, balza all’occhio una marcata tendenza delle strutture sanitarie kiwi di quegli anni a collocare subito in “prima linea” professionisti assunti dall’estero, senza una previa ed adeguata formazione. Da un lato, a McDonald non è stato dato neanche il tempo di provare le strutture, perlomeno quelle giuste; mentre dall’altro, Yogasakaran, che doveva essere seguito da un collega più esperto, era in realtà esposto a gestire in piena autonomia casi “a rischio”.

Nel caso dell’anestesista cingalese, inoltre, la morte della paziente è stata cagionata, oltre che dall’omissione del medico, anche dall’errore nel posizionamento del farmaco all’interno dei cassetti, denotando, anche in questo frangente, un’organizzazione tutt’altro che inappuntabile.

Si tratta di aspetti che, oltre che sul piano della causalità e della dimensione oggettiva della colpa (momenti, peraltro, tra loro spesso intersecati), possono prendere corpo nell’alveo di quel giudizio “individualizzante” di imputazione soggettiva dell’illecito colposo al quale si accennava poco fa²⁴⁸.

Il problema principale è che il diritto penale, quando viene chiamato in causa in relazione a vicende di questo tenore, sposta la lente di ingrandimento solo sulle responsabilità individuali dell’imputato, ovvero,

²⁴⁷ Sull’immagine della pistola fumante, A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L’errore, la medicina e la legge*, cit., 14.

²⁴⁸ Sul punto, A.R.DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit., 253. Sia consentito riferirsi anche a G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, in *Penale contemporaneo*, Riv. Trim., 2015, n. 1, 193, laddove si auspicava che proprio il giudizio “individualizzante” da effettuarsi nel momento soggettivo dell’imputazione colposa potesse tradursi in un approfondimento del contesto organizzativo in cui opera il personale sanitario e delle sue carenze strutturali, nonché in un impulso alla differenziazione di responsabilità dei soggetti coinvolti.

Su questa sistemazione dogmatica, tuttavia, non vi è uniformità di vedute in dottrina. come rilevato da M. CAPUTO, *“Agente modello” e responsabilità per colpa in ambito sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012, 105 ss., le inefficienze della struttura possono rilevare già sul piano della misura oggettiva della colpa, in particolare nel momento della “costruzione” dell’agente modello di riferimento.

come spesso accade, sull'ultimo anello della catena di micro violazioni che, tutte insieme, hanno determinato l'incidente fatale.

Anche per questa ragione...

e) *Il diritto penale, nelle organizzazioni complesse, è “nemico” del miglioramento (tra medicina difensiva e gestione del rischio)*

Questo approccio, diretto alla affermazione di una responsabilità e, pertanto, incentrato sulla colpa individuale, generalmente impedisce di considerare nel complesso i malfunzionamenti dell'organizzazione. Ed anzi, paradossalmente, la struttura ha interesse a che un processo penale allochi la “colpa” dell'incidente in capo ad uno specifico individuo, cosicché essa non sarà costretta a rimodellare i propri paradigmi organizzativi, investendovi energie e denaro²⁴⁹.

La conseguenza è che i problemi sistemici che hanno indotto l'incidente, celati dietro l'attenzione per l'errore umano – riconosciuto, peraltro, da un tribunale alla stregua di un “crimine” – non vengono risolti dall'organizzazione, col rischio che si ripetano incidenti quasi identici: a cambiare è solo il nome della persona che, suo malgrado, impugnava la “pistola fumante”.

Il metodo più affidabile per evitare che ricorrano eventi simili è, come noto, il *Risk Management*, che da anni è applicato anche alla medicina (c.d. “*Medical Risk Management*”)²⁵⁰. Esso, per funzionare, abbisogna di un'attività costante di *reporting* da parte dei membri dell'organizzazione, specie nei casi in cui “qualcosa è andato storto”, giacché è solo grazie al racconto dei protagonisti che è possibile comprendere le cause dell'incidente.

²⁴⁹ Su tutti questi profili, si rimanda ancora alla vera e propria pietra miliare in materia di A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, cit., *passim*.

²⁵⁰ Sul tema, *ex multis*, C. SCORRETTI, *Il Clinical Risk Management oggi: dal sistema alla persona. Aspetti medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1031 ss.

Tra i casi esaminati, qualcosa del genere è avvenuto in *Yogasakaran*. Come si è visto, infatti, è stato lo stesso anestesista a segnalare ai propri superiori lo scambio di fiale.

L'effetto di una simile comunicazione non è stata, come sarebbe stato lecito attendersi, un mutamento nelle procedure di riempimento dei cassette, bensì una *Conviction per Medical Negligence Manslaughter*. È evidente che, alla luce di questa “ricompensa”, un medico nella stessa situazione, solo qualche mese dopo, avrebbe evitato di informare del proprio errore la direzione sanitaria, con la conseguenza che il rischio di errori simili nel posizionamento dei farmaci per le emergenze sarebbe rimasto invariato.

A ben vedere, lo stesso fenomeno si è verificato, su più ampia scala, anche nel caso del comitato degli anestesisti neozelandesi (*Anaesthetic Mortality Assessment Committee*). Quello che è stato presentato come un caso di medicina difensiva risponde proprio allo stesso schema ora evidenziato: gli anestesisti, vale a dire coloro che dovevano segnalare i casi in cui l'anestesia aveva causato la morte del paziente, per paura di finire tra i *prosecuted*, hanno smesso di portare casi all'attenzione del comitato, che non ha più potuto studiare le cause ricorrenti di incidenti e le modalità per prevenirne la verifica.

Insomma, le “invasive” intrusioni del diritto penale cambiano la pratica medica, ma non solo secondo i paradigmi già studiati e più noti della medicina difensiva. La criminalizzazione dell'errore medico impedisce, sotto certi versi, alla stessa medicina di progredire, come avvenuto per il Comitato degli Anestesisti neozelandesi, ma anche alle stesse strutture sanitarie di migliorare loro stesse, predisponendo assetti organizzativi che riducano i margini per errori individuali.

f) *Il diritto penale persegue solo una finalità, quella della punizione del reo colposo, e rischia di “spadroneggiare” in medicina quando non ci sono*

schemi di tutela alternativi, che, peraltro, l'esperienza della Nuova Zelanda dimostra essere possibili

Nella prospettiva di un'analisi costi-benefici, la criminalizzazione della colpa medica ancorché lieve presenta soltanto svantaggi.

Lo scopo primario di una *Criminal Prosecution* è, come noto, l'affermazione di una responsabilità diretta all'inflizione di una sanzione penale. Essa è senz'altro più dura (*harsher*) di qualsiasi altra reazione l'ordinamento possa predisporre: anche in caso di assoluzione finale, il sanitario è sottoposto ad un procedimento che, in molti casi (anche neozelandesi), è esso stesso la pena.

Alle sofferenze patite dal sanitario non può, inoltre, essere ricollegato alcun effetto benefico che giustifichi l'adozione della sanzione più aspra dell'ordinamento anche in occasioni nelle quali il coefficiente di colpevolezza è tutt'altro che palpabile.

Nella prevenzione del danno iatrogeno, infatti, il diritto penale non ha alcuna funzione nella tutela dei pazienti, ma spesso si rivela essere persino controproducente.

Esso non solo favorisce la medicina difensiva, ma come già messo in luce impedisce pure il mutamento dei paradigmi organizzativi, riversando la *colpa* della struttura sul singolo.

Lo si vedrà meglio in seguito, ma ad essere in discussione è anche l'efficacia deterrente che lo strumento penalistico può dispiegare su errori classificabili come "lievi". Il *lapsus* di Yogasakaran o la svista di McDonald sembrano quasi ineliminabili, se non con una corretta organizzazione che provi a prevenirli. Di sicuro, la minaccia di una sanzione penale può fare poco per evitare simili distrazioni.

Ma se è così sconveniente criminalizzare l'errore medico, perché ogni ordinamento finisce per vivere una fase di protagonismo del diritto penale nell'ambito sanitario?

La risposta a questo quesito è senz'altro complessa e comporterebbe ben altro approfondimento. Per quanto riguarda l'esperienza neozelandese, può essere notato come il periodo di vitalità della *Criminal Law* abbia coinciso con un momento storico nel quale la tutela dei pazienti era stata sguarnita di ogni tutela, sia disciplinare che civilistica.

Allo stesso tempo, il nuovo *Tribunal* ed i percorsi riabilitativi di *competence review* che si sono analizzati danno conto della possibilità di sostituire il diritto penale nel presidio della salute dei cittadini, riservando al diritto criminale un ruolo di comparsa per i casi più gravi, sarebbe forse il caso di dire: di *extrema ratio*.

IV. La difficile convivenza tra *Negligence* e *Criminal Law*. La colpa penale nelle giurisdizioni anglosassoni

4.1. *Introduzione: verso uno Standard Account della responsabilità per reati involontari in tutti i Paesi anglosassoni* – **4.2.** *Alcune istantanee nella storia di una categoria controversa, la Mens Rea* – **4.3.** *Un dato di fondo del dibattito anglosassone sulla punibilità della colpa: la polemica sull'estraneità della Negligence dalla Mens Rea da Glanville Williams alla "Exclusive Theory"* – **4.4.** *Il temporaneo assorbimento della colpa incosciente nella Recklessness. Caldwell vs. Cunningham* – **4.5.** *H.L.A. Hart e Ashworth. Le prime aperture, filosofica e penalistica, ad una colpa di tipo normativo* – **4.6.** *Il ritorno inglese alla Gross Negligence: il superamento della Caldwell Recklessness e la sentenza "Adomako"* – **4.7.** *Alcune sfumature nei diversi ordinamenti angloamericani in tema di "Culpable Carelessness"* – **4.8.** *Can Negligence be Culpable? Le più recenti teorie in tema di "Culpable Carelessness" e la costante ricerca di una giustificazione per punire la colpa* – **4.9.** *Il dibattito inglese sulla criminalizzazione dell'errore medico* – **4.10.** *Considerazioni sull'evoluzione della colpa inglese e direttrici di approfondimento.*

4.1. *Introduzione: verso uno Standard Account della responsabilità per reato involontario in tutti i Paesi anglosassoni*

a) L'esame del percorso neozelandese di riforma della *Ordinary Negligence* ci ha lasciato in eredità alcune conclusioni provvisorie, che, tuttavia, hanno ben evidenziato le ragioni che imporrebbero una accurata selezione della colpa penalmente rilevante all'interno della vastissima estensione della colpa civilistica, nonché gli effetti "tipici", generalmente benefici, che ne possono derivare. Saranno proprio tali conclusioni a costituire le direttrici di approfondimento del prossimo, conclusivo capitolo.

Per il momento, però, pare opportuno collocare e contestualizzare l'analizzata esperienza Neozelandese all'interno di una cornice giuridica più ampia, quella della *Common Law*. È su questo terreno – al solito, molto scivoloso per il *Civil lawyer* – che muoveremo i prossimi passi, alla ricerca di ulteriori indicazioni utili per l'indagine.

Il taglio delle prossime pagine rispecchierà solo in parte il pragmatismo dei *Common Lawyers*, che riemergerà soltanto nella fase conclusiva, dedicata ad una rassegna di alcuni casi di omicidio colposo decisi dalle Corti britanniche. All'approccio casistico, già utilizzato nell'ultimo capitolo, si preferirà quindi un'analisi più teorica, nella convinzione che sia proprio la riflessione dottrinale sui reati commessi involontariamente ad aver enormemente influenzato – secondo i termini di quello scambio di idee costante e virtuoso che, nei paesi di lingua inglese, si verifica tra studiosi e giudici²⁵¹ – il versante applicativo.

Sebbene, forse a torto, sia da sempre considerato tra gli argomenti più marginali, in realtà, il dibattito sull'opportunità di punire penalmente gli eventi cagionati per colpa incosciente ha assunto contorni planetari: non di rado, ad obiezioni sollevate negli Stati Uniti si è risposto in Inghilterra, a conquiste Canadesi sul piano della colpevolezza si è dato seguito in Australia, e così via.

Non è un caso, forse, che questa discussione “globale” tra gli ordinamenti di *Common Law* sul ruolo da attribuire alla colpa incosciente, specie sotto il profilo della sua riconducibilità o meno alla controversa figura della *Recklessness*, sia oggi per la prima volta giunta ad alcuni punti fermi condivisi.

Un recentissimo studio sul tema, infatti, mette in evidenza come si possa ormai parlare di un vero e proprio “*Standard Account*” per la “*Culpable*

²⁵¹ L'autorevolezza che la riflessione dottrinale esercita sulla giurisprudenza nei Paesi di *Common Law* è ben sottolineata da A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione*, cit.; nonché da S. VINCIGUERRA, *Introduzione del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992.

Carelessness”, ovvero le forme “colpevoli” di reati non voluti, all’interno del quale emergono tratti comuni a tutte le giurisdizioni un tempo riunite sotto la Corona Inglese²⁵².

In questa prospettiva, peraltro, si è già esaminato un esempio paradigmatico: la Nuova Zelanda nel giro di un decennio ha ritrattato le proprie diversità in materia di imputazione soggettiva involontaria, per conformarsi al modello prevalente.

In linea di massima e pur con qualche inevitabile differente sfumatura tra i diversi ordinamenti, tale *Standard Account* può essere ricostruito nei termini che seguono.

Quanto ai reati commessi senza *Intention*, l’equivalente – depurato della forma “*eventualis*” – del nostro dolo, va tracciata una fondamentale distinzione tra *Recklessness* e *Negligence*. Al netto delle invasioni di campo tra le due forme di imputazione avvenute negli anni, si può oggi affermare che ciò che le distingue è la “*Awareness of risk*” del *defendant*, ovvero, alla lettera, la “consapevolezza del rischio”, che è sempre presente nella *Recklessness* e mai nella *Negligence*²⁵³. Quanto a quest’ultima, la punibilità è giustificata adducendo un fallimento nel riconoscere un determinato rischio e, di conseguenza, nel conformare la propria condotta allo standard che avrebbe richiesto il fronteggiare tale rischio.

Riportando queste definizioni su binari a noi più familiari, la *Recklessness*, che presuppone un coefficiente soggettivo effettivo, copre le ipotesi che vanno dal nostro dolo eventuale – l’*Intention*, infatti, si presenta solo le

²⁵² Il riferimento è alla recente monografia di F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 26 ss.

²⁵³ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 64 ss. In effetti, il quadro offerto dallo studioso di Cambridge trova qualche conferma anche nella manualistica più moderna e avveduta (cfr. A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. 137 ss.; J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 132 ss.), laddove, invece, i manuali più classici – veri e propri “testi sacri”, come G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Thomson Reuter, 2015, IV ed., 127 ss.; D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, Oxford, Oxford Up, 2015, 14th ed., 113 ss. – sollevano ancora perplessità su questa ricostruzione.

forme del *Direct* e dell'*Oblique*, riconducibili rispettivamente ai nostri “intenzionale” e “diretto”²⁵⁴ – alla colpa cosciente, o con previsione.

La *Negligence*, invece, di stampo pressoché esclusivamente oggettivo, sussume i casi di colpa incosciente. Proprio per questa sua matrice prevalentemente oggettivo-normativo, come vedremo, per anni si è discusso se potesse assumere rilevanza nei reati più gravi. Generalmente, perché sia punibile, è necessario che sia “*Gross*” o “*Criminal*”, ovvero, “grave”, “criminale”.

In forza del suo più stretto legame psicologico con l’agente, la *Recklessness* può costituire l’elemento soggettivo di molti tra i reati più gravi degli ordinamenti angloamericani, laddove la *Negligence*, che insieme alla *Strict Liability* è molto diffusa nel diritto penale bagatellare di origine legislativa (“*Statutory Law*”), risulta estremamente rara per i crimini, di solito più gravi, previsti dalla *Common Law*. Se c’è coincidenza tra i Paesi sulla fattispecie di omicidio involontario, c.d. “*Manslaughter*”, la criminalizzazione per *Gross Negligence* delle lesioni personali (“*Injury*”), ad esempio, è controversa e muta da giurisdizione a giurisdizione: in Nuova Zelanda, come si è già apprezzato, esse sono punibili, mentre in Inghilterra, come si approfondirà anche criticamente in seguito, no²⁵⁵.

Si tratta, come detto, di coordinate molto essenziali, ma delle quali non si può fare a meno. Se, infatti, viene meno la tracciata distinzione tra *Recklessness* e *Negligence* fondata sulla coscienza del rischio ed in passato

²⁵⁴ Sull’*Intention*, la bibliografia è senz’altro più vasta di quella sulla colpa. Senza alcuna pretesa di esaustività, R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, Blackwell, 1990; J. HORDER, *Intention in the Criminal Law – A Rejoinder*, in (1995) 58 *Modern Law Review*, 678 ss.; N. LACEY, *A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?*, (1993) 56 *Modern Law Review*, 621 ss.; A. NORRIE, *Crime, Reason and History*, Cambridge, Cambridge UP, 2014, 57 ss.; A.P. SIMESTER, *Moral Certainty and the Boundaries of Intention*, in (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, 445 ss.; V. TADROS, *Criminal Responsibility*, Oxford, Oxford UP, 2005, ch. 8.

²⁵⁵ Si vedranno in seguito le accuse mosse dalla dottrina in termini di uguaglianza a questa impostazione. Per il momento, cfr. M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, cit., 51 ss.

ciò è avvenuto più volte²⁵⁶, ogni sforzo definitorio diventa oltremodo relativo e diviene pressoché impossibile ragionare di colpa secondo schemi precisi. Sono proprio queste recenti acquisizioni a fare del mondo anglosassone un estremo sempre più appetibile per la comparazione anche relativamente a questi argomenti.

b) Come nei casi della breve *Liaison* italiana con la colpa grave e della “parabola” Neozelandese, anche rispetto all’analisi che ci si accinge a svolgere, verrà prediletto un percorso argomentativo in chiave storica. Ancora una volta, si ritiene che è solo attraverso la (lenta) evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale, che è possibile cogliere e comprendere certe peculiarità angloamericane in materia di colpa che, agli occhi del *Civil Lawyer*, ormai “assuefatto” ad una concezione prettamente normativa della colpa penale, possono apparire, perlomeno di primo acchito, vere e proprie “stranezze”.

Sembra il caso, poi, di abbozzare un’ulteriore premessa metodologica. Fermo quanto già precisato sullo *Standard Account*, da prendere come il Nord della bussola nei momenti – che non mancheranno affatto – di più forte “tempesta” esegetica, l’indagine si svilupperà prendendo l’Inghilterra come riferimento preponderante. La scelta corrisponde principalmente a ragioni scientifiche – è inutile nasconderselo: non solo negli anni più addietro, ma anche in tempi più recenti l’autorevolezza dei giuristi inglesi ha conservato un peso rilevante sulle altre giurisdizioni – ma vi sono anche motivazioni di ordine pratico. Il periodo di approfondimento all’estero che ha consentito le “escursioni” comparatistiche del presente lavoro, infatti, è stato svolto presso l’Università di Cambridge. È in quel contesto culturale che sono maturate molte delle riflessioni riportate nel presente lavoro.

²⁵⁶ Alle oscillazioni della giurisprudenza inglese sul concetto di “*Recklessness*” è dedicato il § 4.4.

Un'ultimissima precisazione: il panorama angloamericano in materia di imputazione soggettiva, per quanto semplificato dai recenti approdi dello *Standard Account*, rimane complesso e proteiforme. Si chiede, pertanto, sin d'ora venia al lettore per l'approssimazione con la quale verranno affrontati alcuni passaggi, a tutto vantaggio – si spera – di una maggiore incisività espositiva.

4.2. Alcune “istantanee” nella storia di una categoria controversa, la *Mens Rea*

a) Molto della colpa nella tradizione anglosassone ci viene detto dal suo travagliato rapporto con la *Mens Rea*. Lo intuiva, già diversi anni orsono, Alberto Cadoppi, le cui pagine in argomento rimangono le più lucide ed approfondite scritte in lingua italiana²⁵⁷.

Si prenderanno in esame le criticità di tale rapporto, non prima però di una breve digressione sul significato di questa curiosa espressione latina, che in terra anglosassone esprime (grosso modo) l'idea di colpevolezza.

Pare che la primissima affermazione della massima «*Actus non facit reum nisi mens sit rea*» sia avvenuta, in forma semplificata («*Reum non facit nisi mens rea*»), in relazione allo spergiuro nelle *Leges Henrici Primi* del 1118.²⁵⁸

Per una prima comparsa a livello dottrinale, invece, occorre attendere sino all'età elisabettiana, quando essa viene impiegata dal giurista Coke nel

²⁵⁷ Cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 618 ss.

²⁵⁸ F.B. SAYRE, *Mens Rea*, in (1932) 45 *Harvard Law Review*, 978 ss. Sembra che l'espressione derivasse dalla tradizione canonistica, ed in particolare da Sant'Agostino e dal sermone n. 180, nel quale era utilizzata sempre in relazione allo spergiuro: «*Ream linguam non facit nisi mens rea*».

celeberrimo *Third Institute*, lasciando pensare ai commentatori successivi che l'espressione fosse, già allora, di uso comune²⁵⁹.

Successivamente, il "latinetto" ha faticato ad affermarsi ed ha vissuto un periodo di inflessione, venendo tralasciata perfino da Blackstone nei suoi classici commentari.

Paradossalmente, la *Mens Rea* è stata rilanciata da colui che maggiormente ne ha avversato l'utilizzo, il giudice Stephen (già: proprio il codificatore che tante sventure, come si è visto nel capitolo passato, ha portato senza saperlo ai medici neozelandesi)²⁶⁰. Questi, nella sua *History of the Criminal Law of England*, sottopose ad attacchi serrati la massima, ma sortì l'effetto opposto a quello propugnato: ogni autore successivo, che intendesse appoggiare l'opinione di Stephen o dargli torto, ha cominciato ad alludere esplicitamente alla *Mens Rea*²⁶¹. È così che questa "formuletta latina" – peraltro assolutamente sconosciuta ai giuristi continentali – ha assunto un uso generalizzato e tecnico, con il significato (sempre, grosso modo) di "colpevolezza".

Certo, il brocardo, specie in tempi recenti, è stato rimesso in discussione e – talvolta, anche al fine di evitare i problemi che la formula intera cagiona – gli sono state affiancate nuove terminologie, come "*Fault*", "*Culpability*" ecc²⁶². Tuttavia, ancora oggi, quando si scorre l'indice di un manuale

²⁵⁹ Così già A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 620. Analoga la successiva ricostruzione di W. CHAN, A.P. SIMESTER, *Four Functions of Mens Rea*, in (2011) 70 *Cambridge Law Journal*, 381.

²⁶⁰ Di quest'avviso, A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 622. Sulla fondamentale figura del giudice Stephen, si rimanda al capitolo precedente ed, in particolare, al § 3.2.

²⁶¹ J.F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, II, London, 1883, 94 ss.

²⁶² Come si vedrà, nel § 4.5. Ashworth considera la *Negligence* una forma di *Fault* ma non di *Mens rea*. Sul tema, A.P. SIMESTER, *A disintegrated theory of culpability*, in D.J. BAKER, J. HORDER, (a cura di), *The Sanctity of Life and the Criminal Law. The Legacy of Glanville Williams*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 178 ss. Critico sui problemi definitori della *Mens Rea*, F. STARK, *It's only Word: on Meaning and Mens Rea*, in (2013) 72(1) *Cambridge Law Journal*, 155 ss.

anglosassone lo sguardo finisce sempre ed inevitabilmente per cadere su un capitolo dedicato alla *Mens Rea*²⁶³.

b) Non è qui possibile ripercorrere la successiva evoluzione della *Mens Rea* – operazione che sarebbe di estremo interesse ma, forse, anche pleonastica, visto l’esaustivo affresco del 1993 di Alberto Cadoppi pubblicato sul *Digesto delle discipline penalistiche* – e sembra sufficiente, ai fini dell’indagine, “fotografare” altri due momenti di questa storia, oltre a quello appena illustrato della sua affermazione secondo il brocardo latino «*Actus non facit reum nisi mens sit rea*». Neppure in questo caso, infatti, si è trattato di una mera curiosità nozionistica, ma di una scelta mirata per far emergere alcune peculiarità della controversa categoria della *Negligence*.

La prima delle due istantanee che si proverà a scattare è ancora contenuta nel lavoro di Cadoppi, mentre la seconda ci impone di tornare ai giorni nostri ed allo stato attuale della colpevolezza nella migliore dottrina inglese. Proprio perché di “istantanee” si tratta, il lettore comprenderà e perdonerà l’(inevitabile) approssimazione con cui verranno illustrate.

Vi è una fase della storia della colpevolezza anglosassone – precisamente a fine ‘700, nel periodo di attività del notissimo giurista Blackstone, celebre per i suoi commentari storico-analitici sulla *Common Law* – nella quale a tale concetto è stato associato un significato moralistico ed eticizzante, che ha resistito per lunghi periodi nei due secoli successivi. Blackstone, pur, come detto, senza far uso dell’espressione latina, ha descritto l’elemento psicologico del *Murder* (assassinio) come «una cattiva intenzione in

²⁶³ Ciò quando i capitoli non sono addirittura due, uno dedicato al *Mens Rea Principle* ed uno alla *Mens Rea* quale elemento soggettivo del reato, come avviene nel manuale di A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit.

generale, il dettato di un cuore malvagio, depravato e maligno; un *disposition a faire un male chose*»²⁶⁴.

Vi è un altro passaggio del commentario di Blackstone che appare utile per comprendere alcuni degli ostacoli nella affermazione della *Negligence* nel mondo anglosassone. Secondo lo storico giurista, «un atto *involontario*, come non può reclamare alcun merito, così *neppure può determinare alcuna colpa* (“*guilt*”): essendo la concorrenza della volontà, quando il soggetto ha la possibilità di scelta se compiere o evitare il fatto in questione, l’unica cosa che rende le azioni umane sia lodevoli che colpevoli (“*culpable*”))»²⁶⁵.

Dalle autorevoli statuizioni di Blackstone – i cui commentari hanno forgiato per anni generazioni di giuristi – la *colpevolezza* esce dunque come «*vitious will*». Da un lato, soprattutto “volizione”; dall’altro, “vizio”, “malvagità”, contrarietà alla morale comune²⁶⁶.

Come vedremo, questo *imprinting* ha ripercussioni fino alla situazione attuale della *colpevolezza*, soprattutto in Inghilterra. Se osserveremo più da vicino quelle in tema di colpa, o, comunque, più in generale di reato involontario, il legame attuale con tale concezione di *colpevolezza* è ancora più percepibile nell’ampio utilizzo dello schema di responsabilità del *Versari in re illicita*, che, ancora oggi, nell’ordinamento inglese si esplica nelle tante fattispecie sanzionate per *Strict Liability*, uno degli equivalenti angloamericani della responsabilità oggettiva²⁶⁷.

²⁶⁴ Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), rist. Chicago & London, 1979, 20-21, nella traduzione che ne fa A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 623.

²⁶⁵ Corsivi di chi scrive. Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., 21, ancora nella traduzione che ne fa A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 623.

²⁶⁶ Da ciò si evidenzia, peraltro, l’influenza della massima latina sul pensiero di Blackstone, che coerentemente ad essa, richiede che la *Mens* sia *rea*, con massima espansione della dimensione volitiva della *colpevolezza*.

²⁶⁷ Segnala il collegamento F.B. SAYRE, *Mens Rea*, cit., 994. Sulla *Strict Liability*, in lingua italiana, A. CADOPPI, C.M. PRICOLO, *Strict Liability nel diritto angloamericano*, in *Digesto Pen.*, IV ed., Torino, 1999, 20 ss.; recentemente nella dottrina inglese, la raccolta di saggi curata da A.P. Simester, *Appraising Strict Liability*, Oxford, Oxford UP, 2005.

Nella dottrina italiana, invece, fondamentali nella prospettiva di un superamento del paradigma di responsabilità del *versari in re illicita* i lavori di S. CANESTRARI, in

Nel corso dei secoli successivi a quello di Blackstone, la *Mens Rea* ha vissuto di luci ed ombre. Ciò vale non solo per il brocardo latino in sé, ma anche e soprattutto per quanto esso, per anni, (non) ha rappresentato: il principio *nullum crimen sine culpa*.

Chiaramente, il percorso di affermazione della colpevolezza non è stato uniforme nelle giurisdizioni anglosassoni. Tra tutte, quella che si è mostrata maggiormente refrattaria è stata proprio quella inglese, al punto che nel 1993 Cadoppi poteva, prima di spostare l'indagine Oltreoceano, concludere la panoramica sullo stato di salute della *Mens Rea* nel Regno Unito come segue:

«Insomma: se il civil lawyer vuole avere delle soddisfazioni in tema di principio di colpevolezza – inteso nella dimensione costituzionale cui ormai noi siamo fortunatamente abituati – non deve certo prendere un charter per Londra, né gli può giovare una scampagnata alle più blasonate Oxford e Cambridge: rimarrebbe terribilmente deluso. Dovrebbe, caso mai, spendere un po' di più, ed attraversare l'Atlantico»²⁶⁸.

Al di là dell'Oceano, infatti, sia in Canada che negli Stati Uniti, per buona parte del Secolo scorso, il principio di colpevolezza ha dato segni di vitalità evidenti. Se in Canada è stata la Corte Suprema a dare prova di grande sensibilità per la *Mens Rea*, negli Stati Uniti, invece, l'affermazione di una colpevolezza in senso normativo è avvenuta prevalentemente per opera della dottrina.

Proprio nel periodo (Anni '50-'80), in cui nelle terre di Sua Maestà i giuristi più autorevoli come Glanville Williams, imbevuti della dominante cultura giuspositivistica, negavano una funzione unitaria alla *Mens Rea*,

particolare, a livello monografico, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989; nonché, tra i tanti altri, ID., *Responsabilità oggettiva*, in *Digesto Pen.*, IV ed., Torino, 1997, 107 ss.; e più recentemente, ID., *La responsabilità preterintenzionale e la culpa in re illicita tra teoria e prassi*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, cit., 155 ss.

²⁶⁸ A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 634. Va precisato come la situazione scozzese, da sempre distinta da quella inglese fosse migliore in termini di colpevolezza.

l'americano Jerome Hall assegnava alla stessa un ruolo di categoria dogmatica e di principio politico-criminale quale “*moral culpability*”²⁶⁹.

È evidente il passo in avanti rispetto al dibattito britannico, allora ancorato alle frammentate “*Mentes Reae*” e avverso all'accoglimento di un concetto unitario; tuttavia, è altresì ancora palpabile l'impronta moraleggiante che la colpevolezza si è trascinata dietro.

Questa dimensione eticizzante non sparisce del tutto nemmeno nel pensiero dei più giovani colleghi di Hall che, dopo periodi di formazione in Germania, hanno provato a recepire negli Stati Uniti una concezione normativa della colpevolezza, Mueller e Fletcher²⁷⁰.

In particolare nella prima parte del lavoro di quest'ultimo, già in gran parte allineata con la dogmatica europea, riemergono alcune incrostazioni risalenti a Blackstone: la *Mens Rea*, in fondo, è – conclude Fletcher nel 1971 – “*moral culpability*”²⁷¹.

Per l'abbandono di ogni residuo dell'equazione “blackstoniana” *Mens Rea* = “*vitious will*” bisogna attendere il successivo, fondamentale libro *Rethinking Criminal Law*, nel quale non solo viene accolta la tripartizione del reato di origine tedesca, ma la *Mens Rea* viene espressamente distinta dalla rimproverabilità morale ed è, al contrario, descritta in termini di «*subjective attribution*» del fatto²⁷².

Questa dunque, la seconda fotografia della *Mens Rea*, che ci mostra una colpevolezza che arriva alle soglie della post-modernità ancora intrisa di riferimenti moralistici e psicologici; una colpevolezza, specie in Inghilterra, frammentata in tante “*Mentes Reae*” (una per ogni reato), spesso priva di una funzione unitaria, ed incentrata sull'*Intention*.

²⁶⁹ J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960, *passim*, in particolare 73 ss.

²⁷⁰ Cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 628.

²⁷¹ V. G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence: a Comparative Analysis*, in (1971) 119 *University of Pennsylvania Law Review*, 414.

²⁷² G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little Brown & Company, 1978, 578.

Anche al di là dell'Atlantico, dove la situazione fotografata è, quantomeno, più moderna, alcuni retaggi del passato riemergono di tanto in tanto anche nelle elaborazioni teoriche più raffinate e all'avanguardia.

c) Come detto, occorre però scattare una terza istantanea, che inquadri la *Mens Rea* in Inghilterra oggi.

La “riscoperta” da parte della dottrina inglese della *Mens Rea* parte proprio da quelle università che, negli Anni '90, Cadoppi sconsigliava di frequentare qualora si fosse in cerca di una moderna dottrina della colpevolezza, Oxford e Cambridge.

Quanto alla prima, le origini di una concezione in senso moderno della colpevolezza affondano nel pensiero del rinomato filosofo, Herbert Hart. Questi scrive probabilmente nel periodo più buio della *Mens Rea* in Inghilterra nel XX Secolo – gli Anni '60, durante i quali imperversava la proposta “oggettivistica” di Lady Wootton – ed individua nella colpevolezza un limite alla prevenzione generale, un baluardo delle garanzie dell'individuo²⁷³.

Il fondamento di essa risiede nel riconoscimento dell'uomo quale «*choosing being*» e nel suo diritto all'autonomia personale. Tuttavia, a differenza che in passato, la colpevolezza non viene “colorata” da nessuna istanza eticizzante («non ogni violazione di legge costituisce anche un “peccato” morale»); piuttosto, ad essere moralmente ingiusta, nella filosofia di Hart, è la condanna di un soggetto “incolpevole”²⁷⁴.

²⁷³ Vera e propria pietra miliare della filosofia del diritto, nella quale l'illustre filosofo ha raccolto i propri pensieri su colpevolezza, pena (e anche *Negligence*) è H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford UP, 2nd ed. (con introduzione di J. Gardner), 2008. La prima edizione è del 1968. Il testo contiene una critica anche alla citata impostazione di B. WOOTTON, *Crime and Criminal Law Reflections of a Magistrate and a Social Scientist*, London, The Hamlyn Trust, 1963.

²⁷⁴ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., 28 ss. Di qui anche la condivisibile avversione del filosofo per le forme di *Strict Liability*.

Come si vedrà meglio in seguito, nel pensiero del filosofo oxoniano la responsabilità, per quanto essa venga legata all'autonomia personale, può sorgere anche in determinati casi di colpa senza previsione dell'evento²⁷⁵.

Per una ricezione nella letteratura penalistica dell'impostazione di Hart, bisogna attendere Andrew Ashworth, anch'egli oxoniano, ed i suoi scritti a partire dagli Anni '90, che proseguono nella rivalutazione in chiave moderna della teoria della *Mens Rea*²⁷⁶.

Vediamone un sunto in quella che, probabilmente, costituisce la sua opera più importante, i *Principles of Criminal Law*.

A proposito del *Mens Rea principle*, nell'ormai celebre manuale di Ashworth si trova scritto:

«The essence of the principle of Mens Rea is that criminal liability should be imposed only on persons who are sufficiently aware of what they are doing, and of the consequences it may have, that they can fairly be said to have chosen the behaviour and its consequences. This approach is grounded in the principle of autonomy: individuals are regarded as autonomous persons with a general capacity to choose among alternative courses of behaviour, and respect for their autonomy means holding them liable on the basis of their choices»²⁷⁷.

Anche Ashworth, come già Hart, per affermare il *Mens Rea principle* parte dal principio di autonomia personale (“*Principle of individual Autonomy*”), che, appunto, si oppone a qualsiasi punizione che prescindendo dall'accertamento della colpevolezza dell'agente. Tale principio, infatti, è fondato anche su un “*normative element*”, ovvero che gli individui vanno trattati e rispettati come agenti in grado di comprendere i loro atti e le loro omissioni.

In una prospettiva liberale – Ashworth su questi passaggi richiama Autori come Dworkin, Jareborg e, soprattutto, Feinberg – dal principio di autonomia deriva che «*individuals should be protected from official*

²⁷⁵ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., 136 ss.

²⁷⁶ Uno dei primi scritti importanti dell'Autore è A. ASHWORTH, *Towards a Theory of Criminal Legislation*, in (1989) 1 *Criminal Law Forum*, 41 ss.

²⁷⁷ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 155.

censure, through the criminal law, unless they can be shown to have chosen the conduct for which they are being held liable». E come già specificato da H.L.A. Hart, «an individual should not be held criminally liable unless he had the capacity and a fair opportunity to do otherwise»²⁷⁸.

Alla base della colpevolezza vi sarebbe dunque una *choice*, ma rispetto alla quale bisogna sempre constatare l'esigibilità di una scelta conforme a quanto richiesto dall'ordinamento penale.

Entrambi questi profili portano ad escludere con fermezza che ipotesi di responsabilità oggettiva siano compatibili con la *Mens Rea*. In generale, non è ammissibile che la *Criminal liability* venga affermata quando a giocare un ruolo determinante è la *Moral Luck*, giacché la «*criminal law should blame people for what they intended or foresaw and for what lay within their control: it should draw a straight line through the vicissitudes of life and the vagaries of fortune when determining the extent of criminal liability*»²⁷⁹.

Di conseguenza, per affermare la responsabilità penale «*negligence should be the minimum requirement*»²⁸⁰.

Si analizzerà meglio cosa pensi Ashworth della *Negligence*, ma per sua stessa ammissione

«while the principle of Mens Rea supports only criminal liability for intention, knowledge, (subjective) recklessness, there are serious questions about gross negligence, or even negligence, can be said to involve sufficient fault and choice to justify the imposition of criminal liability. English law contains several offences of negligence, whereas the tendency of commentators has been to regard them as aberrant and calling for special justifications»²⁸¹.

Una colpevolezza incentrata prevalentemente sul profilo squisitamente soggettivo della *choice*, quindi, solleva molti dubbi sulla punibilità della

²⁷⁸ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 25.

²⁷⁹ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 156.

²⁸⁰ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 163. Vi è grande assonanza tra la citazione riportata nel testo e quanto si usa dire in Italia sulla responsabilità "almeno per colpa".

²⁸¹ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 156.

colpa incosciente (*Negligence*), ma si tratta dell'argomento dei prossimi paragrafi.

Questi dunque gli approdi dottrinali più moderni in tema di colpevolezza, intesa quale principio e quale categoria dogmatica.

Fuori da questa fotografia rimane, però, la giurisprudenza. Nell'ultima edizione dei *Principles*, sondando lo stato di salute del principio di colpevolezza "in Action", l'insigne Autore inglese riporta la notizia di qualche timida apertura da parte della *House of Lords* al riconoscimento di un principio costituzionale di «*requiring fault*»²⁸². Tuttavia, l'incertezza e la fragilità di tali prime statuizioni è assolutamente palpabile, mentre il numero di *regulatory offences* punite per *Strict liability* è ancora esorbitante.

Per questo ragione appare difficile che le Corti riescano a limitare il diritto positivo senza una grammatica comune data dal legislatore. È, quindi, opinione di Ashworth che spetti al Parlamento fare la "prima mossa", interrogandosi sulla scelta di politica criminale sottostante ad ogni ipotesi di *Strict Liability* e dando impulso ad una fase riformatrice che elimini quelle non strettamente indispensabili²⁸³.

L'unico punto fermo, anche a livello giurisprudenziale, è ormai una dichiarata incompatibilità tra la responsabilità oggettiva di origine statutaria e la pena detentiva, secondo il principio "*no imprisonment without fault*"²⁸⁴.

d) Per quanto riguarda Cambridge, invece, il lavoro di approfondimento sulla *Mens Rea*, portato avanti soprattutto da A.P. Simester, non ha assunto

²⁸² Ciò è avvenuto specialmente in tema di conoscibilità dell'età del partner nei reati sessuali. Si veda soprattutto *B v DPP* [2000], 2 AC 428. Si tratta, peraltro, di argomento rispetto al quale anche in Italia ci si è interrogati in tema di colpevolezza. Cfr. A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Padova, IV ed., 2006.

²⁸³ Ammesso che ne esistano, cfr. A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 168. Sebbene studioso dalla comprovata attenzione per la colpevolezza, si interroga invece sulla possibile legittimità di alcune fattispecie dette "*quasi crimes*" A.P. SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, in ID (a cura di), *Appraising Strict Liability*, cit., 21 ss.

²⁸⁴ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 168. Sul principio anche l'ultima edizione del manuale di G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 139 ss.

il taglio teoretico-dogmatico e la raffinatezza di quello di Ashworth, che chiameremo in causa anche più specificamente sulla colpa, ma una dimensione più pratica.

Alla *Mens Rea*, l'Autore in un recente e fortunato scritto insieme a Chan, attribuisce essenzialmente quattro fondamentali funzioni²⁸⁵.

1) Quella di «*ensure that censure correctly attaches to a criminal conviction*» (lett., «assicurare che la censura derivante da una condanna penale sia correttamente collegata al soggetto»). «*If a criminal conviction – infatti – is to signify that society censures an individual for his or her actions then is not enough just to show that the defendant harmed the victim. He or she must have done so in a blameworthy way*».

2) La *Mens Rea* non serve a garantire che solo persone rimproverabili (*blameworthy*) vengano condannate, ma anche che siano condannate per il giusto titolo di reato. Ad esempio, «*many people would draw a clear moral distinction between an intentional killer and a negligent one*».

3) La *Mens Rea* assicura che ai cittadini venga dato loro un *fair warning* su ciò che è criminale e ciò che non lo è, in modo che possano pianificare le loro azioni di conseguenza. Infatti, «*a law which made it a crime even though the defendant had no mens rea would mean even a citizen trying very hard to comply with the law may unwittingly commit a crime*».

La dimensione di *Fair Warning* ascritta alla *Mens Rea* è centrale nella riflessione anglosassone: «*rueles should offer advance guidance to the person who are subject to them. People need to be able to predict the legal implications of their actions in advance, so that they have fair warning that their contemplated action will risk incurring a criminal sanction*»²⁸⁶.

4) La richiesta di una *Mens Rea*, infine, aiuta a restringere il campo del diritto penale, in modo che non coinvolga in modo inappropriato troppe

²⁸⁵ Cfr. W. CHAN, A.P. SIMESTER, *Four Functions of Mens Rea*, 381 ss.

²⁸⁶ Nella dottrina italiana, in argomento, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 54 ss. Sulla legalità intesa in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria, invece, si rimanda alla bibliografia contenuta nella 79.

persone. «*It helps protect freedoms and helps in the fight against over-criminalization*».

4.3. *Un dato di fondo del dibattito anglosassone sulla punibilità della colpa: la polemica sull'estraneità della Negligence dalla Mens Rea da Glanville Williams alla "Exclusive Theory"*

a) Recentemente, dunque, le funzioni attribuite alla *Mens Rea* cominciano a somigliare a quelle che, da un po' più di tempo, vengono assegnate dalla dottrina continentale al principio di colpevolezza²⁸⁷. In modo meno ambiguo, poi, cominciano ad essere di uso comune altre denominazioni, come *Fault* e *Culpability*, che superano quella concezione psicologica collegata alla formula latina della *Mens Rea*, andandno nella direzione di una colpevolezza normativa. Gli stessi Simester e Chan fanno presente che la "*Mens Rea is not the whole of the fault story*"²⁸⁸.

Il passo in avanti negli ultimi due decenni da parte della dottrina inglese è quindi innegabile; tuttavia, il secolare dibattito sulla *Mens Rea* si ripercuote ancora oggi in modo evidente su tanti aspetti dell'imputazione soggettiva.

Come si è detto, da Blackstone fino al finire del Secolo scorso la *Mens Rea* è stata soprattutto volontà malvagia, «*vicious will*». I due corollari ancora oggi più evidenti di questa tralatizia concezione della colpevolezza

²⁸⁷ In Italia, *ex multis*, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 492 ss.; G. FORNASARI, *L'elemento soggettivo del reato: la colpevolezza in generale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*. II ed., vol. I, Torino, 1996, 375 ss., P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000; A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torini, 2003.

²⁸⁸ Cfr. W. CHAN, A.P. SIMESTER, *Four Functions of Mens Rea*, 382.

consistono nella già richiamata pervasività della *Strict Liability* nel sistema penale e nella strenua opposizione al riconoscimento della *Negligence* – da intendersi, sempre rifacendoci allo *Standard Account* di *Culpable Carelessness*, quale colpa incosciente – come criterio di imputazione per i *crimes* di *Common Law*.

Nella prima prospettiva, infatti, chi dimostra di essere “malvagio”, ponendosi in una situazione illecita, merita di essere sanzionato per tutte le conseguenze che ha cagionato anche a prescindere da un accertamento effettivo dell’elemento soggettivo, secondo lo schema del *versari in re illicita*²⁸⁹.

Non solo, come già anticipato attraverso uno la riproposizione di un passo tratto dai *Principi* di Ashworth, vista la connotazione della *Mens Rea* in chiave fortemente volitiva, spesso e volentieri si è negato che la *Negligence* potesse essere ricompresa nella stessa. Di conseguenza, si è ritenuto che la colpa fosse insuscettibile di alimentare responsabilità penale per i più gravi reati di *Common Law*, come ad esempio l’omicidio involontario (il *Manslaughter*).

In ciò pare aver giocato un ruolo decisivo anche la stessa formula latina, sull’origine della quale, non a caso, ci si è soffermati, giacché la *Mens* deve essere *Rea*. Essa dunque è stata concepita essenzialmente come uno “*state of mind*”, che è soddisfatto dalla “*awareness of the risk*” tipica della *Recklessness* – perlomeno, come si vedrà tra poco, di quella intesa in senso soggettivo – ma non dalle situazioni di solito ricondotte alla *Negligence*, che sono connotate da stati mentali quali la dimenticanza, la trascuratezza, la sbadataggine e via dicendo. La *Mens* di chi versa in colpa incosciente,

²⁸⁹ La *Strict liability* non è, invero, l’unico schema di attribuzione della responsabilità inglese a presentare i tratti della responsabilità oggettiva. Si parla, a volte, di “*Constructive Liability*”, “*Quasi crimes*” ecc.

dunque, non lasciando trasparire alcuno stato mentale, non può essere *Rea*²⁹⁰.

La compatibilità tra la *Negligence* e tale categoria è quindi stata messa in dubbio sin dalla dottrina più risalente. Rimanendo nel secolo scorso, uno dei più accaniti antagonisti della punibilità della colpa è stato l'americano Jerome Hall, del quale si è già parlato. È a questo Autore, ed al suo icastico articolo "*Negligent Behaviour should be excluded from penal liability*"²⁹¹, che si è soliti far risalire l'inizio di quella disputa tra "soggettivisti" ed "oggettivisti" – questi ultimi più votati alla difesa sociale, mentre i primi più attenti all'individualizzazione dei presupposti della responsabilità penale – che da decenni dilania i *Common Lawyers* di tutto il mondo²⁹².

La polemica di Hall è indirizzata in special modo contro il *Model Penal Code* americano appena approvato, che, come vedremo, ha accolto tra gli elementi psicologici del reato anche la colpa²⁹³.

Nella prospettiva dello studioso americano, solo un'offesa cagionata in modo volontario può assurgere al rango di reato. La *Recklessness* è ammissibile in quanto l'agente ha previsto le conseguenze della sua azione e può, per questo, essere considerato responsabile delle stesse. La colpa incosciente, invece, che spesso è il frutto di ignoranza, insensibilità, sbadataggine, non può essere ritenuta penalmente rilevante. Sono meri tratti

²⁹⁰ Sono le posizioni del primo libro di G. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, London, Steven & Sons, 1953. Il celebre giurista manterrà queste posizioni per tutta la propria attività, salvo addolcirle nelle ultime versioni del noto *Textbook*. Accenti simili si trovavano già nell'opera di J.W.C. TURNER, *The Mental Element in Crimes in Common Law*, in Aa.Vv. *The Modern Approach to the Criminal Law*, London, 1948.

²⁹¹ J. HALL, *Negligent Behaviour should be excluded from penal liability*, in (1963) 63 *Columbia Law Review*, 632 ss.

²⁹² Una buona sintesi di questa storica contrapposizione nel secolo scorso è offerta da R. TUR, *Subjectivism and Objectivism: Towards Synthesis*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 1993. Più recente, D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 114 ss.

²⁹³ Sulla colpa nel codice statunitense, diffusamente anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 397 ss. Le definizioni del *Model Penal Code* sono riportate nel § 4.7.

caratteriali, connaturati al soggetto e per i quali non può essere punito come un criminale²⁹⁴.

Hall, poi, riprende anche un argomento già speso da Glanville Williams, noto studioso inglese, relativo alla mancata capacità deterrente della *Negligence*: colui che delinque colposamente, in realtà, non vuole farlo e pertanto non può essere scoraggiato dalla minaccia della sanzione penale, posto che chi non sceglie, non può essere influenzato dalla prospettiva della pena²⁹⁵.

Si tratta, specie per Williams in Inghilterra²⁹⁶, di Autori che hanno goduto durante lo scorso secolo di grande considerazione, di talché queste opinioni hanno influenzato (e continuano a farlo) in modo massiccio il dibattito sulla rilevanza penale della *Negligence*.

b) La polemica sull'appartenenza della *Negligence* alla *Mens Rea*, infatti, non è circoscritta agli Autori classici ed è oggi tutt'altro che sopita. Anche nella dottrina contemporanea, infatti, vanno registrate diverse prese di posizione contro la imputabilità per fatti dovuti a colpa incosciente.

L'argomento, anche se attualizzato, è in fondo rimasto il medesimo: «*only choices can ground culpability*»²⁹⁷. Questa tesi è oggi denominata “*Exclusive Thesis*” o, talvolta, anche “*Choice Theory*”²⁹⁸.

Questa impostazione, sostenuta con particolare forza dagli studiosi americani Alexander e Kessler Ferzan, restringe grandemente l'operato del

²⁹⁴ J. HALL, *Negligent Behaviour should be excluded from penal liability*, 633 ss.

²⁹⁵ G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Steven & Sons, 1978, 88 ss.

²⁹⁶ Come dimostrano anche i recenti lavori in suo onore, come D.J. BAKER, J. HORDER, (a cura di), *The Sanctity of Life and the Criminal Law. The Legacy of Glanville Williams*, cit.

²⁹⁷ L. ALEXANDER, K. KESSLER FERZAN, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2009, specialmente i *chapters* 2 e 3. In risposta al volume, A.D. LEIPOLD, *A case for Criminal Negligence*, in (2010) 29 *Law and Philosophy*, 455 ss. Un altro Autore annoverabile tra quelli dell'*Exclusive* è M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., in particolare 404 ss.

²⁹⁸ Propende per “*Exclusive Thesis*” F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 9 ss., per “*Choice Theory*”, J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 171.

diritto penale, limitandolo alle ipotesi di *Intention* e di *Advertent Recklessness*. Ogni ipotesi di *inadvertent risk taking*, nelle quali è assente uno stato mentale di *Belief* (ovvero, letteralmente, la “credenza” nell’esistenza di un rischio), sarebbero da escludere dalla *Culpability*, per integrare la quale è necessario vi sia una scelta alla base dell’azione. Addirittura, per la Ferzan anche le scelte inconsce, come accelerare quando il semaforo è giallo, non integrerebbero uno stato mentale sufficiente per un’incriminazione²⁹⁹.

Queste riproposizioni delle teorie classiche si rifanno agli argomenti tipici *a la Williams e Turner*, già sinteticamente messi in rassegna, ma ne elaborano anche di nuovi.

Ad esempio, secondo i nuovi sostenitori della “*Exclusive*” la responsabilità per *Negligence* potrebbe violare il principio del *Fair Warning*. Atteso il flebile stato psicologico di chi ha agito nell’inconsapevolezza del rischio, infatti, questi potrebbe ritrovarsi poi “sorpreso” dal rimprovero morale mosso³⁰⁰.

Si tratta, come ovvio, di un argomento che esaspera la funzione del principio e ne dilata in modo eccessivamente generoso per il cittadino le ricadute. E questa considerazione è estendibile anche a tante altre delle tesi degli studiosi che, secondo i diversi accenti, sono ricollegabili all’*Exclusive Thesis*.

A discapito della provocatorietà di certe posizioni espresse, all’*Exclusive Thesis* sembra, comunque, doversi riconoscere alcuni meriti.

²⁹⁹ K. KESSLER FERZAN, *Opaque Recklessness*, in (2000-2001) 91 *Criminal Law and Criminology*, 597 ss.

³⁰⁰ Si è già rimarcata in più parti del testo l’importanza attribuita dagli studiosi angloamericani a questo principio. Per una sua declinazione in termini di “fair labelling”, V. TADROS, *Fair Labelling and Social Solidarity*, in L. ZEDNER, J. ROBERTS (a cura di) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford, Oxford UP, 2012, 67 ss.; J. CHALMERS, F. LEVERICK, *Fair Labelling in Criminal Law*, (2008) 71 *Modern Law Review*, 217 ss.

Anzitutto, i suoi sostenitori stanno conducendo una strenua battaglia contro la responsabilità oggettiva di ogni genere. Nel mirino, infatti, di questa parte della dottrina non c'è solo la *Negligence*, ma soprattutto la *Strict Liability* e le altre forme di responsabilità che non richiedono un coefficiente di *Culpability*.

Ma un effetto positivo può essere individuato anche relativamente alla colpa. È chiaro – va ribadito – che, con riguardo alla *Negligence*, si tratta per lo più di tesi superate, che a livello pratico un ordinamento penale non può più recepire. Il loro merito, tuttavia, è quello di tenere viva l'attenzione su certi profili. Ogni studio anglosassone sulla colpa incosciente che ne voglia ammettere l'utilizzo o ne propugni l'ingresso tra le forme della *Mens Rea*, dai più antichi ai più recenti, deve fare i conti con la teoria della *Choice* e “giustificare”, in qualche modo, il fondamento della responsabilità penale per colpa incosciente.

Insomma, la prima domanda che un *Common Lawyers* finisce sempre per porsi è: «*can Negligence be culpable*»³⁰¹?

Visti anche i retaggi storici delle teorie soggettivistiche, l'assunto ogni volta da dimostrare è che la colpa senza previsione possa essere “colpevole”, in quanto il punto di partenza è l'assenza di uno stato mentale definito³⁰².

Come si osserverà a breve, questa speciale cautela con la quale viene “maneggiata” la colpa – non solo in dottrina: si è già sottolineato quanto nei Paesi angloamericani vi sia scambio tra letteratura e giurisprudenza – ha portato ad una particolare attenzione per i profili soggettivi di questa forma di imputazione, anche nelle posizioni di coloro che hanno provato ad affermare una concezione in chiave normativa della *Negligence*.

³⁰¹ Il riferimento è anche al titolo dell'articolo di A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?* in J. HORDER (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford UP, 2000, 85 ss.

³⁰² Addirittura, va registrato un tentativo di spiegare la colpa in termini di scelta attraverso le scelte operate dall'agente nel passato. In proposito, J. HAMPTON, *Mens rea*, in E.F. PAUL, F.D. MILLER, J.PAUL, (a cura di), *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, 1 ss.

c) Prima però, sembra il caso di soffermarsi brevemente su una questione che agli occhi del *Civil Lawyer* assume caratteri senz'altro paradossali. Viene infatti spontaneo domandarsi come sia possibile che vi sia una tale diffidenza per la colpa da parte dei giuristi anglosassoni quando, nel contempo, a fronte di pochissime fattispecie punite a titolo di *Negligence*, vanno registrate numerosissime *offences* artificiali che ancora prevedono l'impiego della *Strict Liability*³⁰³.

Le ragioni potrebbero essere diverse e richiedere pagine e pagine di possibili spiegazioni. Si proverà qui soltanto ad abbozzare alcune ipotesi, ovviamente non risolutorie, della questione.

In primo luogo, come si è già riferito, l'Inghilterra prevede la *Negligence* tra i reati di *Common Law* soltanto per il *Manslaughter*. La pena massima per tale reato, come anche in Nuova Zelanda³⁰⁴, è l'ergastolo (c.d. "*imprisonment for life*").

Ecco che, forse, a fronte di una simile risposta sanzionatoria, si comprendono un poco di più le cautele con le quali i giuristi anglosassoni si relazionano all'omicidio colposo³⁰⁵.

Sembra poi, ad avviso di chi scrive, che tutto il percorso della *Mens Rea* ed i tanti anni in cui è stata intesa come "*vicious will*" abbiano influenzato irreparabilmente la mentalità del *Common Lawyer*, che è più restio a riconoscere uno spazio alla colpa, che di solito attiene a contesi leciti (produttivi, ospedalieri, nei trasporti), piuttosto che alle ipotesi di responsabilità oggettiva, molte delle quali maturano in contesti illeciti. Si

³⁰³ Anche Fletcher metteva in luce questa discrasia tra l'accanimento verso la *Negligence* e la perdurante punibilità nel diritto statunitense di numerosissime ipotesi di responsabilità oggettiva. Cfr. G.P. FLETCHER, *The Theory*, cit., 402 ss.

³⁰⁴ Cfr. § 3.2.

³⁰⁵ Non a caso, anche Ashworth, parlando di *Manslaughter*, inizia chiedendosi: «*Is it right that liability for the second most heinous crime in English law, which carries a maximum penalty of life imprisonment, should be satisfied by this relatively low grade of fault?*». V. A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. 286.

ritiene meno accettabile reprimere attraverso gravi sanzioni un soggetto che incorre in colpa nel corso di attività socialmente accettate ed incoraggiate, piuttosto che sanzionare, anche oltre le effettive responsabilità, chi si è volontariamente posto in situazioni disincentivate dall'ordinamento.

d) La *Negligence*, quindi, è tuttora vista con grande diffidenza nella dottrina del mondo angloamericano e, specialmente, in Inghilterra³⁰⁶. La sua applicazione in determinate ipotesi è, ancora oggi, vista come aberrante da molti giuristi inglesi. Si è provato a descriverne sinteticamente le ragioni, che affondano soprattutto nell'evoluzione del concetto di *Mens Rea* e, segnatamente, nell'intenderla esclusivamente come uno stato mentale.

V'è da dire che, anche a discapito di queste fortissime resistenze, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza convergono oggi su una concezione di *Negligence* eminentemente normativa, ma con alcuni accorgimenti che la differenziano dall'invisa colpa di stampo civilistico, primo tra tutti il riconoscimento di un grado particolare.

Ai §§ 4.5. e 4.6. saranno esaminati questi, più moderni, orizzonti in tema di colpa. Per poterlo fare, tuttavia, manca ancora un pezzo fondamentale del "puzzle", ovvero l'analisi del controverso rapporto tra *Negligence* e *Recklessness* nel corso dello scorso secolo.

4.4. *Il temporaneo assorbimento della colpa incosciente nella Recklessness. Caldwell vs. Cunningham*

A complicare le cose – e non di poco – sono state le oscillazioni interpretative che, nella seconda metà del Secolo scorso, si sono registrate in

³⁰⁶ Più moderata la posizione scozzese. V. § 4.7.

merito al concetto di *Recklessness*³⁰⁷. Si tratta di un fenomeno soprattutto giurisprudenziale e prevalentemente inglese, che non ha coinvolto per esempio gli Stati Uniti, messi al riparo dalle precise definizioni contenute nel *Model Penal Code*. Vediamo di abbassare, allora, la lente di ingrandimento su questa categoria sconosciuta agli ordinamenti continentali, per analizzare i significati che ha assunto nel tempo.

Sono appena stati evidenziati i pregi di quella che, retroattivamente, si è definita come “*Exclusive Theory*”, consistenti, in particolare, nell’imporre ad ogni studioso che si è misurato con la responsabilità colposa di sforzarsi di rinvenirne un fondamento a livello di rimproverabilità soggettiva.

Il diffuso rigetto della categoria della *Negligence* da parte della dottrina, tuttavia, ha avuto come conseguenza anche quella di una sua rarissima applicazione, circoscritta, per quanto riguarda i *crimes* della *Common Law*, al solo *Manslaughter*.

In questo contesto, non di rado la giurisprudenza si è fatta portatrice di istanze repressive e, per farlo, piuttosto che ampliare lo spettro applicativo della *Negligence*, ha manipolato la tradizionale interpretazione di *Recklessness*, utilizzando tale forma di colpevolezza – molto più familiare e accettata – per colpire fattispecie evidentemente riconducibili alla colpa incosciente.

Ma procediamo con ordine.

³⁰⁷ Non a caso, la bibliografia in materia è sconfinata. Senza pretese di esaustività si vedano, A. NORRIE, *Subjectivism, Objectivism and the Limits of Criminal Recklessness*, in (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies*, 45 ss.; S. GARDNER, *Recklessness Refined*, in (1993) 109 *Law Quarterly Review*, 21 ss.; D. KIMEL, *Inadvertent Recklessness in the Criminal Law*, in (2004) 120 *Law Quarterly Review*, 548 ss.; C. CROSBY, *Recklessness—The Continuing Search for a Definition*, in (2008) 72 *Journal of Criminal Law*, 313 ss. In lingua italiana, dà conto dei diversi orientamenti F. CURI, *L’istituto della Recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 975 ss.

a) La definizione tradizionale di *Recklessness*, quella che anche oggi viene considerata valida e confluisce nello *Standard Account* della *Culpable Carelessness*, è quella elaborata nel caso *Cunningham*³⁰⁸.

In quell'occasione il giudice (J. Byrne) chiarì che *Recklessness* significa che «*the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take the risk of it*». Pertanto, gli elementi che devono essere dimostrati per affermare la responsabilità secondo *Cunningham* sono due e precisamente:

- «(1) *The defendant was aware that there was a risk that his or her conduct would cause a particular result.*
(2) *The risk was an unreasonable one for the defendant to take*».

È chiaro che la concretizzazione del rischio non deve essere prevista come altamente probabile, perché in tal caso l'evento sarebbe imputabile a *D* a titolo di *Oblique Intention* (grosso modo, il nostro dolo diretto)³⁰⁹. Come si è precisato nella definizione del moderno *Standard Account*, la “*Cunningham Recklessness*” copre i casi di dolo eventuale e di colpa cosciente³¹⁰.

La *ratio* della “*advertent definition*” di *Recklessness* è basata sul principio di “*individual autonomy*” e sulla già richiamata importanza della *choice*. Secondo questa prospettiva, che come osservato colora per gran parte la colpevolezza anglosassone, prendersi un rischio irragionevole in modo

³⁰⁸ [1957] 2 QB 396, 399.

³⁰⁹ Sul dolo diretto, G. WILLIAMS, *Oblique Intention*, in (1987) 46 *Cambridge Law Journal*, 417 ss.; I, KUGLER, *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2002.

³¹⁰ Proprio in questa prospettiva, anche nella dottrina nostrana non è mancato chi, al fine di superare la problematica distinzione tra le due figure contigue, ha proposto di introdurre anche in Italia una terza forma di responsabilità, dai connotati simili a quelli della *Recklessness*. In questo senso, F. CURI, *Tertium Datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, che costituisce ormai uno dei grandi classici del nostro diritto penale, continua tuttavia a richiamare l'attenzione della dottrina. Grande “linfa” al dibattito è stata data anche dal noto caso *Thyssenkrupp*. Da ultimo, in argomento, G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2017.

consapevole è generalmente più grave che creare il rischio senza realizzarne la portata. Questo perché, come fa notare Alan Brudner, l'agente preferisce consapevolmente anteporre il proprio interesse al “*well-being*”³¹¹.

Nella *Cunningham Recklessness*, la previsione del rischio è intesa in senso prettamente soggettivo, senza che essa possa essere presunta sulla base dell'ovvia prevedibilità di tale rischio. Questo è quanto è stato specificato nel caso *Stephenson*³¹², nel quale l'imputato, un senz'altro affetto da schizofrenia, si era riparato in un pagliaio e provando freddo aveva acceso un fuoco “di bivacco” senza realizzare che, così facendo, avrebbe danneggiato tutta la struttura. Dopo la condanna in primo grado, la Corte d'Appello, ha stabilito che, ancorché il rischio fosse assolutamente “*obvious*”, Stephenson non l'aveva previsto a causa dei suoi disturbi e non era pertanto considerabile *Cunningham Reckless*.

La vicenda contiene già tutti gli ingredienti che, di lì a pochi anni, metteranno in crisi la nozione in chiave psicologica della “sconsideratezza”: un soggetto che non riesce a prefigurarsi un rischio lampante e un'imputazione per danneggiamento (“*criminal damage*”), reato molto “sentito” nell'ordinamento inglese, ma tradizionalmente punibile solo a titolo di *Recklessness* e non anche per *Negligence*.

In effetti, il requisito della consapevolezza del rischio era già entrato in crisi in un caso di due anni prima, *Parker*³¹³, nel quale l'imputato, dopo una giornata difficile – si era addormentato in treno e aveva perso la propria fermata, con due conseguenze: era lontanissimo da casa e aveva speso quasi tutto per la multa – aveva frantumato la cornetta di un telefono pubblico non funzionante.

Parker si era difeso adducendo che non aveva neanche lontanamente preso in considerazione il rischio di rompere l'apparecchio. La Corte d'Appello

³¹¹ A. BRUDNER, *Agency and Welfare in the Penal Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER, (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, 21 ss.

³¹² [1979] QB 695

³¹³ [1977] 1 WLR 600

aveva confermato la condanna di primo grado sostenendo che Parker «*closed his mind to the obvious*». Essendo l'imputato, a differenza di Stephenson, una persona del tutto normale, non poteva non avere presente il rischio, sebbene in quel momento non «*at the forefront of his mind*».

b) È così che, pochi anni più tardi, la giurisprudenza inglese ha stabilmente aggiunto alla *Cunningham*, un'altra forma di *Recklessness*, la *Caldwell*, o “*inadvertent*”³¹⁴.

In tale caso, Lord Diplock ha formulato la seguente definizione:

*«a person is guilty of causing damage recklessly if:
(i) he does an act which in fact create san obvious risk that property would be destroyed or damaged and
(ii) when he does the ac the either was not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it».*

L'accertamento, quindi, si fa anche oggettivo: è *Caldwell Reckelss* chi ha fallito nel prevedere un rischio ovvio, che ogni *reasonable man* avrebbe sicuramente prevenivato.

Le due forme hanno convissuto per diversi anni e la *Caldwell* ha consentito di incriminare fatti dal tratto colposo-incosciente che altrimenti sarebbero stati non perseguibili. Lascia perplessi che un'esigenza repressiva così penetrante, tale da indurre a plasmare una definizione consolidata, si sia manifestata, in particolare, con riguardo alla tutela del patrimonio e, segnatamente, in relazione alla fattispecie di danneggiamento.

Ad ogni buon conto, Si tratta senza dubbio di una delle decisioni più odiate della storia della Gran Bretagna³¹⁵.

Lord Diplock, infatti, nel *test* di *Recklessness* non ha previsto alcuna eventuale *exception* rispetto all'accertamento fondato sull'uomo ragionevole. Ne è seguito che, l'anno successivo, sulla base della

³¹⁴ [1982] AC 341.

³¹⁵ J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 147.

inderogabile definizione di *Caldwell Recklessness* una ragazza di 14 anni, affetta da gravi difficoltà cognitive, è stata condannata penalmente per aver dato fuoco ad un capannone incendiando per gioco del liquore³¹⁶. La giovane, evidentemente, non era in grado di cogliere il rischio (ovvio) che correva dando fuoco ad una sostanza infiammabile, ma ciò perché non ne aveva le sufficienti capacità mentali.

Questa decisione aberrante non ha fatto altro che esacerbare gli animi e gettare benzina sul fuoco nel già acceso dibattito tra oggettivisti e soggettivisti, e, in parte anche falsandone i presupposti, ha acuito la diffidenza per ciò che veramente si nascondeva dietro la *Caldwell Recklessness*, la colpa incosciente.

Le teorie sulla *Negligence* che si vanno ora ad analizzare hanno tenuto conto anche di questa odiosa lacuna nella definizione della *Caldwell* e dei suoi drammatici effetti, mostrando grande attenzione per le concrete capacità del soggetto agente.

Allo stesso tempo, però la *Caldwell* ha dimostrato il cortocircuito di un sistema fondato esclusivamente sulla *choice* e su criteri di imputazioni esclusivamente soggettivi, rispetto ai quali qualsiasi imputato poteva sottrarsi adducendo la scusa di non aver pensato alle conseguenze della propria condotta³¹⁷.

La sentenza, oltre alla grave lacuna esaminata, aveva anche una evidente “scappatoia” (detta “*Caldwell loophole*”). Per sfuggire all’accertamento, più che addurre un deficit mentale conveniva sostenere di aver preso in considerazione il rischio, ma di aver confidato che non si verificasse.

³¹⁶ Si tratta del caso *Elliott v C*, [1983] 2 All ER 1005 (DC)

³¹⁷ Giusto per precisione, è bene sottolineare come vi siano state anche pronunce di segno opposto, cioè che hanno richiesto l’*advertence of risk* nella *Gross Negligence*; delle *Caldwell* al contrario, insomma. In merito, cfr. G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, cit., e l’esauriente rassegna casistica 512 ss.

4.5. H.L.A. Hart e Ashworth. Le prime aperture, filosofica e penalistica, ad una colpa di tipo normativo

a) Le prime radici in Inghilterra di una colpa intesa in senso normativo affondano, così come per la colpevolezza, nella filosofia di H.L.A. Hart.

In tema di responsabilità per colpa, per il filosofo di Oxford non è necessario che il soggetto abbia previsto le conseguenze della sua azione perché possa essere ritenuto responsabile. Al contrario,

«what is crucial is that those whom we punish should have had, when they acted, the normal capacities. Where these capacities and opportunities are absent, as they are in different ways in the varied cases of accident, mistake, paralysis, reflex action, coercion, insanity, etc, the moral protest is that it is morally wrong to punish because “he could not have helped it” or “he could not have done otherwise” or “he had no choice”. But there is no reason (unless we are to reject the whole business of responsibility and punishment) always to make this protest when someone who “just didn’t think” is punished for carelessness. For in some cases at least we may say “he could have thought about what he was doing” with just as much rational confidence as one can say of any intentional wrong-doing “he could have done otherwise”»³¹⁸.

Il concetto di *Choice*, che abbiamo visto essere tanto caro ai giuristi anglosassoni, non viene qui del tutto ripudiato, ma a ben vedere, utilizzato in una dimensione normativa. Del resto, come esaminato, in quanto espressione dell'autonomia personale, esso era stato collocato dallo stesso Hart al centro della *Culpability*³¹⁹.

Ciononostante, si ammette che una responsabilità possa essere individuata anche in capo a chi “non ha pensato” ma avrebbe potuto farlo per evitare l'evento.

Al proposito, Hart propone un accertamento della *Negligence* fondato su due “momenti”:

³¹⁸ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., 152.

³¹⁹ In realtà, uno dei sostenitori dell'“*Exclusive*”, M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., accusa Hart di aver snaturato la teoria per potervi includere la colpa.

«For, when negligence is made criminally punishable, this itself leaves open the question: whether, before we punish, both or only the first of the following two questions must be answered affirmatively.
(i) Did the accused fail to take those precautions which any reasonable man with normal capacities would in the circumstances have taken?
(ii) Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?»³²⁰.

La prima componente individuata dal filosofo per la sussistenza della responsabilità per colpa consiste, dunque, in un accertamento di stampo oggettivistico, che indichi se l'accusato ha fallito nell'osservare le cautele che un uomo ragionevole avrebbe tenuto in quella situazione. Si tratta – è abbastanza evidente – di un metro civilistico-normativo, incentrato su cosa avrebbe fatto un agente modello (*the reasonable man*), non dissimile, per esempio, da quello che era imposto dal Codice neozelandese prima della riforma del 1997.

Hart, però, aggiunge una seconda verifica, davvero inedita fino ad allora nel mondo anglosassone: è necessario farsi carico di comprendere se l'imputato, alla luce delle sue capacità fisiche e mentali di quel momento, avrebbe potuto comportarsi secondo le precauzioni dell'uomo ragionevole.

Non si vuole “appesantire” il discorso notando come le condizioni di cui parla Hart costituirebbero, nella dogmatica italiana odierna, un insieme di fattori valorizzabili alcune, laddove “standardizzabili”, già sul piano dell'agente modello, mentre altre sul terreno della colpevolezza³²¹. Ciò che conta è che nella prima affermazione inglese di una *Negligence* fondata su una figura normativa, come l'agente modello, non manca un'attenzione particolare per aspetti di individualizzazione della colpa (o, quantomeno, del parametro di riferimento). È proprio questo aspetto che, nella prospettiva di Hart, permette di distinguere la *Negligence* dalla *Strict Liability* e ritenerla *Culpable* al pari delle altre forme di responsabilità.

³²⁰ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., 154.

³²¹ La questione si è già accennata nel passato capitolo. Si veda, in particolare la nota 248.

b) È chiaro che la teoria di Hart è soltanto accennata. In quanto ideata da un filosofo, essa non ha nemmeno l'obiettivo di presentarsi come un preciso ed autonomo paradigma di accertamento della colpa direttamente applicabile nelle Corti³²².

Come avvenuto anche relativamente alla *Mens Rea*, il recepimento (ed il necessario adeguamento al lessico giuridico) delle idee di Hart nella letteratura penalistica è avvenuto ad opera di un altro oxoniano, Andrew Ashworth.

Nella trattazione della *Negligence* all'interno dei *Principles*, l'autorevole studioso mette subito a fuoco il problema:

«one reason for the opposition of many English text-writers to criminal liability for negligence is that it derogates from the subjective principles. The doctrine of mens rea, as expressed in the requirements of intention and recklessness, makes liability depend on proof that D chose the harm, in the sense of intending it or at least being aware that it might result»³²³.

Di conseguenza, per ritenere la *Negligence* come accettabile criterio di imputazione, bisogna muovere «*away from the advertence as the foundation of criminal responsibility, and in doing so might show insufficient respect for the principle of autonomy*»³²⁴, proprio quel principio di autonomia sul quale, come visto, Ashworth ha fondato la propria concezione di colpevolezza in senso unitario.

Per il *Theorist* inglese, c'è un contro-argomento a quella che, altrove, abbiamo definito come “*Exclusive Thesis*”. Quello di *Autonomy* è un principio fondamentale, ma non implica che l'*advertence* sia sempre condizione necessaria per affermare la responsabilità penale come, al

³²² Sul punto F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 179; che ne apprezza l'originalità e l'impostazione ma ne mette in luce l'inevitabile incompletezza.

³²³ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 182

³²⁴ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 182

contrario, il «*fair warning e la fair opportunity to conform to the required standard*». Infatti:

«It might be argued that a person who negligently causes harm could have done otherwise – he could have taken the care necessary to avoid the harm. So long as the individual had the capacity to behave otherwise, it is fair to impose liability in those situation where there are sufficient signals to alert the reasonable citizen to the need to take care».

Per dimostrarlo, Ashworth, pur citandola solo tangenzialmente nelle note, mette in primo piano la *Caldwell* e la sua lacuna dell’*“incapacity”* (intesa quale generale incapacità di conformarsi alle precauzioni necessarie). L’obiezione che, infatti, vuole prevenire è che per anni si sarebbe sostenuto che i tradizionali confini della responsabilità penale avrebbero avuto da sempre un fondamento infondato (*“ill-founded”*).

Per fare questo, Ashworth mira a dimostrare che alcuni casi nei quali non si è previsto il rischio possono risultare, a livello di rimproverabilità (e, quindi, di *Culpability*), più gravi di altri in cui vi è stata consapevolezza del rischio. Del resto, la provocazione di Lord Diplock nella *Caldwell* si appuntava proprio su questo aspetto: «*a person who knowingly takes a slight risk of harm is less culpable than another person who fails to think about or recognize a high risk of the same harm*»³²⁵.

Siccome il fondamento della responsabilità colposa viene affermato secondo le coordinate argomentative del *test* di *Recklessness* disegnato dalla *Caldwell*, che era stato ritenuto aberrante dalla dottrina inglese per l’assenza di un momento di personalizzazione, Ashworth previene anche questa obiezione, specificando più volte che allo *standard of care* del *reasonable citizen* va affiancato un accertamento individualizzato, consistente nel quale chiedersi se l’imputato fosse nelle condizioni di potersi comportare come la ragionevolezza gli avrebbe imposto.

³²⁵ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 183 A supporto lo studioso porta un esempio fondato sull’uso delle armi.

Viene così colmata la c.d. “*Caldwell lacuna*”.

A detta di Ashworth, in definitiva,

«Negligence liability need to be “objective” only in so far as it holds liable those who fail to take precautions when they could reasonably have been expected to do so. Liability can be termed subjective in so far as it takes account of the limited capacities of the particular person».

Ne consegue che *«taking objective and subjective aspects together, the blameworthiness may be expressed as “the culpability of unexercised capacity”»*³²⁶.

Questa necessaria compenetrazione tra “oggettivo” e “soggettivo” viene colta anche da A.P. Simester:

*«Without external standards, judgement is impossible. Without reference to the defendant, judgement cannot lead to blame. The device of the reasonable man is, in a sense, one means by which the law seeks to reconcile the impersonal with the humane»*³²⁷.

Si afferma, finalmente, una colpa intesa in senso moderno, ma che affianca al necessario accertamento sul piano del fatto (la parte *objective*), il quale da solo “*cannot lead to blame*”, un giudizio che tenga conto della situazione dell’agente.

c) Anche su questo, dunque, la posizione del giurista oxoniano è in linea con quella di Hart, rispetto alla quale però Ashworth si vede costretto ad aggiornare quel “basico” test di accertamento della colpa.

Quello proposto dall’autorevole penalista si compone di quattro requisiti:

*«(i) the (potential) harm is great;
(ii) the risk of it occurring is obvious;
(iii) D has duty to try to avoid the risk;
(iv) D has the capacity to take the required precautions».*

³²⁶ Citando M.S. Moore, *Placing Blame*, 1997, 588-92.

³²⁷ A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?*, cit., 95 ss.

Gli elementi di questa definizione che hanno una portata limitante sull'uso della colpa sono diversi e riscontrabili su ogni piano di accertamento.

Tanto per cominciare, il danno (*harm*) non deve essere uno qualunque, ma “*great*”. Già sul piano dell'evento, pertanto, comincia ad esservi una prima selezione.

Selezione che si fa ancora più penetrante con riferimento alla condotta: il rischio del danno, infatti, deve essere “ovvio” (*obvious*): non sembra sufficiente una mera prevedibilità dello stesso.

Su questo passaggio della definizione, più che su altri, sembra dispiegarsi l'influenza del caso *Caldwell*, che aveva esteso la *Recklessness* proprio a quei casi in cui il rischio della verificazione di un evento dannoso era talmente ovvia che non poteva non essere considerata dall'agente.

Non va nemmeno sottovalutato il requisito del “*duty to try to avoid the risk*”. Chiaramente esso non sarà difficile da individuare nei casi più comuni, come nell'esempio suggerito da Ashworth di chi voglia provare un'arma pur non avendone mai usata una. Sul punto, tuttavia, è bene tenere in considerazione la diffidenza – pari, se non maggiore a quella riservata alla colpa – con la quale il sistema giuridico inglese nel suo complesso, ancora fortemente improntato ad istanze liberali, guarda ad obblighi positivi, a doveri di fare e, quindi, anche ai reati omissivi³²⁸.

Infine, al quarto punto della teoria, l'Autore riprende Hart e la sua analisi sulle reali capacità del soggetto, che devono essere tali da permettergli l'ossequio dello *standard*.

d) In conclusione della trattazione, Ashworth ci tiene a specificare due aspetti. In primo luogo, la *Negligence* così architettata non costituisce parte

³²⁸ Si veda A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015. Nella dottrina italiana, sull'omissione, con anche ampi riferimenti al mondo di *Common Law*, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.

della *Mens Rea*, che ha come uniche forme l'*Intention* e la "advertent" *Recklessness*. La colpa, invece sarebbe una *form of Fault*³²⁹.

Si tratta – perlomeno così ci pare – di una presa coscienza importante, dagli effetti rilevanti anche sul piano dogmatico. Il significato di *Mens Rea* comincia a traslare da quello *lato sensu* di "Colpevolezza" ad uno, più circoscritto e forse più appropriato, di elemento psicologico³³⁰.

In effetti, così costruita, la *Negligence* non costituisce uno stato mentale ben definito, ma ciononostante ad essa può essere saldato un rimprovero da parte dell'ordinamento. *To lead blame*, però, è necessario che il rimprovero possa essere mosso all'imputato anche soggettivamente. Il rischio, altrimenti, è quello di legittimare scenari aberranti come quelli seguiti alla definizione di *Recklessness* elaborata da Lord Diplock.

La *Negligence* di tipo normativo nasce, quindi, nella dottrina inglese come "geneticamente soggettiva": è la componente delle capacità dell'agente a giustificare il rimprovero penale.

L'altro aspetto precisato da Ashworth – e la contiguità, forse, non è così casuale – è che per integrare la fattispecie di *Manslaughter*, la *Negligence*, da accertare secondo il suo schema in quattro punti, deve essere *Gross*, grave, criminale.

Vediamo meglio di cosa si tratta.

4.6. *Il ritorno inglese alla Gross Negligence: il superamento della Caldwell Recklessness e la sentenza Adomako*

³²⁹ Come si ricorderà, Hart era stato accusato dai soggettivisti (v. M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., 589) di aver manipolato il fondamento della *Mens Rea* per includervi la colpa. In questo modo Ashworth evita a priori questa obiezione.

³³⁰ Nello stesso senso, come detto, anche W. CHAN, A.P. SIMESTER, *Four Functions of Mens Rea*, 382.

a) All'incirca negli stessi anni, la giurisprudenza inglese ha superato la definizione *Caldwell* di *Recklessness* ed ha precisato i contorni della *Gross Negligence* nel caso *Adomako*.

La *House of Lords* nel 2004, infatti, è stata chiamata ad occuparsi del caso di due ragazzini, di 11 e 12 anni, che senza il permesso dei genitori erano usciti per campeggiare³³¹. Alle prime luci del mattino, *G* e *R* diedero fuoco ad un “*wheelie bin*” (lett. “bidone dei rifiuti con rotelle”) trovato immediatamente fuori ad un *supermarket*. Il fuoco propagò anche sull'edificio, distruggendo il supermercato e raggiungendo persino anche alcuni edifici contigui.

A stretto rigore, vista anche l'assenza di una *defence* basata sulla giovane età, al caso avrebbe dovuto essere applicato il *test* di *Caldwell*: il rischio di dar fuoco al supermercato era ovvio, senza eccezione per i due bambini.

La decisione *R v G and R*, però, ha stabilito come per il “*Criminal Damage*” non andasse più usata la *Caldwell Recklessness*: *D*, infatti, è *reckless* solo quando realizza che sta sorgendo il rischio di un danno e decide di correre quel rischio, sempre che lo stesso sia irragionevole.

Nell'interpretazione successiva, il divieto di utilizzare la versione della *Recklessness* elaborata da Lord Diplock è stato esteso anche a tutti i crimini rispetto ai quali tale forma di imputazione veniva invocata.

La dottrina prevalente ha accolto con favore la sentenza *R v G and R*, che ha rimosso l'ingiustizia maturata ad esempio nella vicenda *Elliott v C*, col quale non a caso la decisione in esame presentava tratti di assoluta assonanza, ma non senza qualche critica³³².

Vi era infatti chi si attendeva dalla *House of Lords* una soluzione intermedia tra *Cunningham* e *Caldwell*, che magari colmasse la “*Caldwell lacuna*”, ma

³³¹ Questi gli estremi dei vari gradi di giudizio. [2003] UKHL 3 WLR 1060; [2003] 4 All ER 765, [2004] 1 Cr App R 21, [2004] Crim LR 369; [2004] 1 AC 1034.

³³² Per una ricostruzione delle quali, si rimanda a J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 151.

che non sguarnisse il danneggiamento ed altri reati di tutela penale per ipotesi prive di previsione³³³.

Si segnala, qui solo per inciso, come *R v G and R* sia intervenuta anche in tema di *Intoxication*, stabilendo che il defendant che è «*voluntary intoxicated can be convicted without awareness of the risk*». La *House of Lords*, dunque, ha presentato l'ubriachezza come un'eccezione al requisito della prova di uno stato mentale; visto il numero di reati commessi da persone in quello stato, tuttavia, «*the intoxication rules are in fact the normal rule, rather than an exception*»³³⁴.

In definitiva, venendo meno la forma di *Caldwell Recklessness*, l'an della punibilità di molti reati si incentra ora sulla “*advertence of risk*”. Si tratta, tuttavia, di un argomento ancora altamente «*under-theorized*»³³⁵, cosicché la sfida che, in questi anni, attende le Corti e la dottrina inglese è quella di elaborare un criterio distintivo tra le situazioni di coscienza del rischio e quelle di incoscienza, messo in crisi da tutti i casi di danneggiamento degli Anni '80. Un primissimo tentativo in questo senso sarà analizzato al § 4.8.

b) Il vuoto di tutela che viene lamentato con riguardo a reati come il *Criminal Damage* non viene a crearsi con riguardo alla vita umana. Come più volte precisato, infatti, una delle forme del *Manslaughter* inglese è quella per *Gross Negligence*.

³³³ Si è sostenuto, infatti, come sia ora fin troppo facile sottrarsi alla sanzione penale, adducendo di non aver avuto coscienza del rischio, come si era difeso *Parker* nel caso esaminato al § 4.4.

³³⁴ Così testualmente, J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 151. L'abuso di sostanze alcoliche è un problema molto diffuso in Inghilterra, che è molto sentito anche a livello giuridico. Per un'indagine trasversale, anche sociologica, sul tema, J. HERRING, C. REGAN, D. WEINBERG, P. WITHINGTON, (a cura di), *Intoxication and Society*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012. Nella dottrina penalistica, invece, A.P. SIMESTER, *Intoxication is Never a Defence*, in (2009) 3 *Criminal Law Review*, 6 ss. D. HUSAK, *Intoxication and Culpability*, in (2012) 6 *Criminal Law and Philosophy*, 363 ss.; R. WILLIAMS, *Voluntary Intoxication – A lost Cause?*, in (2013) 126 *Law Quarterly Review*, 264 ss.

³³⁵ Si veda D.N. HUSAK, *Negligence, belief, blame and criminal liability: the special case of forgetting*, in (2011) 5 *Criminal Law and Philosophy*, 207. In senso adesivo F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 91.

Si tratta, ancora, nonostante gli esaminati sforzi di Ashworth e Simester (e quelli più recenti, che analizzeremo a breve, di Findlay Stark), di una categoria anch'essa “*under-theorized*” in Inghilterra.

Per anni, infatti, in relazione a molti casi essa è stata “assorbita” all'interno della più grave *Caldwell Recklessness*, che come ampiamente illustrato, richiedeva un accertamento interamente oggettivo ed incentrato sull’“*unreasonable risk taking*”. Sebbene caratterizzata da una storia più che secolare³³⁶, negli Anni '80 la Gross Negligence è “sparita” dalle Corti³³⁷.

Non è forse un caso che nello stesso anno in cui la sentenza *R v G and R* ha ridefinito i confini della “sconsideratezza”, la *House of Lords* è tornata ad interrogarsi sulla *Gross Negligence* nel caso *Misra*³³⁸.

Ma, ancora una volta, è bene procedere con ordine.

Il primo vero *leading case* in materia è *Bateman* (1925), già citato nel capitolo sulla Nuova Zelanda, che ha resistito come tale per tantissimi anni³³⁹. Un medico era stato accusato della morte di una partoriente, ma la *Court of Criminal Appeal* ha ritenuto che, perché Bateman potesse essere ritenuto penalmente responsabile, dovesse esservi non una colpa improntata allo *standard* civile, ma tale da mostrare un disinteresse per la vita e la sicurezza degli altri elevato al punto da meritare una pena.

Un primo cambio di direzione si deve al caso *Stone and Dobinson* (1977), nel quale due persone furono incriminate per aver fatto morire in casa un parente ammalato senza far sì che gli venisse prestato soccorso³⁴⁰. Già in quel caso il “*fault element*” fu colorato dalla Corte d'Appello di sconsideratezza: gli imputati avevano un dovere di prendersi cura del parente malato ed erano rimasti inerti ed indifferenti ad un rischio ovvio, cioè che le sue condizioni di salute peggiorassero.

³³⁶ Vi sono casi già nel 1874, come *Finney*, [1874] 12 Cox CC 625.

³³⁷ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. 289.

³³⁸ [2004] EWCA Crim 2375.

³³⁹ [1925] 94 LJKB 791.

³⁴⁰ [1977] QB 354.

A partire dagli Anni '80, l'accertamento già affermato in *Stone and Dobinson*, viene chiamato con il suo nome, *Caldwell Recklessness*, che diviene la forma di *Manslaughter* più impiegata³⁴¹. Il caso principale è *Lawrence*³⁴².

A sorpresa, però, nel 1995 la *House of Lords* ristabilisce il “*Manslaughter by Gross Negligence*” ed espelle dall'ordinamento il “*Manslaughter by Caldwell Recklessness*” nel caso *Adomako*³⁴³.

Si trattava di un anestesista – categoria, come osservato nel capitolo che precede, estremamente a rischio – che non si era accorto per sei minuti che il tubo che doveva portare ossigeno al paziente si era disconnesso dal ventilatore, causando la morte dello stesso.

L'accertamento è più “costruito” rispetto a quello, invero un po' semplicistico, basato sulla *Caldwell* ed è strutturato come segue:

«*For gross negligence manslaughter it must be shown that:*
(i) *The defendant owed the victim a duty of care;*
(ii) *The defendant breached that duty of care;*
(iii) *The breach of the duty caused the death of the victim;*
(iv) *The breach was so gross as to justify a criminal conviction.*».

La base, come nel caso del codice neozelandese, è un *duty of care* ed il suo *breach*. Ciò costituisce una prima differenza rispetto alla *Recklessness* oggettivamente intesa, che era incentrata sul concetto di rischio.

La nozione di *duty of care*, che ricomprende anche le omissioni, tuttavia, è ancora poco sviluppata nell'ordinamento inglese e costituisce un primo snodo importante nell'accertamento³⁴⁴.

In particolare, in dottrina viene ricercato il punto di equilibrio tra una soluzione che demandi al giudice ed alla giuria un accertamento caso per

³⁴¹ Come ad esempio nei casi *Seymour*, [1983] 1 AC 624; e *Kong Cheuk Kwan*, [1986] 82 Cr App R 18.

³⁴² [1982] AC 510.

³⁴³ [1995] 1 AC 171.

³⁴⁴ In argomento, cfr. A. ASHWORTH, *The Scope of Criminal Liability for Omissions*, (1989) *Law Quarterly Review* 105, 424 ss.; J. HERRING, E. PALSER, *The Duty of Care in Gross Negligence Manslaughter*, (2007) *Criminal Law Review*, 24 ss. In lingua italiana, S. VINCIGUERRA, *Introduzione del diritto penale inglese*, 147 ss.

caso – preservando, così, la speditezza del procedimento ma sacrificando la certezza di tale accertamento – ed una che invece si rifaccia ai parametri civilistici in materia di *duty of care*, soluzione questa più in linea con la legalità, ma certamente più complessa³⁴⁵.

Il metro comparativo su cui, invece, valutare il *breach of duty*, è il *reasonable man*. Bisogna chiedersi, in altre parole, «*whether the defendant's action fell below the standard expected of the reasonable person*».

Una volta appurata la violazione del dovere di diligenza, nonché la sua incidenza causale rispetto alla morte della vittima, quindi – in sostanza – la *Negligence*, occorre interrogarsi sull'aggettivo *Gross*.

Relativamente ad esso, assume importanza decisivo il *test* che il giudice sottopone alla giuria. Come visto di sfuggita anche per i casi neozelandesi presi in esame, il giudice deve fornire ai giurati una definizione di *Gross* alla quale questi devono attenersi per decidere se vi è stata responsabilità penale. Si tratta, appunto, di un *test*.

Nel caso *Adomako*, Lord Mackay ha ritenuto che la gravità della colpa

*«depends on the seriousness of the breach of duty committed by the defendant in all the circumstances in which he was placed when it occurs and whether, having regard to the risk of death involved, the conduct of the defendant was so bad in all the circumstances as to amount in the jury's judgment to a criminal act or omission»*³⁴⁶.

Si tratta, come peraltro ammesso dallo stesso giudice, di una definizione “circolare” di *Gross Negligence*, che lascia alla giuria un amplissima discrezione. Se i membri della giuria domandano quando va affermata la responsabilità penale per colpa, la risposta che viene data loro è: “quando la

³⁴⁵ Più ampiamente, A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 292.

³⁴⁶ [1995] 1 AC 187. Sottolineature di chi scrive.

colpa è *criminale*". Quindi, in sostanza, la colpa è *grave* quando è *criminale*. Ma la colpa per l'ordinamento inglese è *criminale* solo quando è *grave*³⁴⁷.

In realtà, nel *test* proposto da Lord Mackay vi è anche un doppio richiamo alle circostanze concrete in cui *D* ha agito. Tuttavia, esse non sono state valorizzate dalla giuria che lo ha dichiarato colpevole, anche se il Dottor Adomako aveva dimostrato di aver lavorato un numero impressionante di ore consecutive e di non aver ancora terminato il proprio periodo di addestramento.

La sentenza *Adomako* è stata, anche per questo, molto criticata. Analizzeremo tra poco alcune questioni di merito che hanno indotto la dottrina inglese ad interrogarsi sull'errore medico, per ora è il caso di meglio accennare ad alcune critiche dal taglio più generale.

Si è prospettato, in particolare, il contrasto della definizione contenuta in *Adomako* con l'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo sul principio di legalità. Si è accennato al fatto che la Corte di Strasburgo, anche e soprattutto per diretta influenza delle giurisdizioni britanniche, tende a comprimere la legalità essenzialmente nella prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Del resto, si è già messo in luce come alla colpevolezza i giuristi inglesi attribuiscono anche un'importante funzione in termini di *Fair Warning*.

In forza della sua circolarità, il *test* di *Gross Negligence* accolto nel caso in esame rende assolutamente imprevedibile al momento la delimitazione delle condotte che possono integrare la colpa penale inglese³⁴⁸. Ogni giuria, infatti, a seconda dell'empatia provata per il *defendant* e la sua situazione, stabilirà diversamente circa la "criminalità" della sua colpa.

³⁴⁷ Ampiamente sulla questione, in termini molto critici S. GARDNER, *Manslaughter by Gross Negligence*, in (1995) 111 *Law Quarterly Review*, 22 ss.

³⁴⁸ Particolarmente critico sotto questo aspetto, il solito A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit. 289 ss.

L'imprevedibilità si ripercuote anche sulle *Prosecutions*, con l'effetto che la scarsa chiarezza circa il perimetro applicativo della *Gross Negligence* rischia di portare ad un'inconsistenza nella *policy*³⁴⁹.

La definizione circolare di *Adomako* è stata sfidata (“*challenged*”) sotto questo profilo di asserito contrasto con l'art. 7 CEDU in *Misra*³⁵⁰, ma senza successo.

L'assetto attuale è così poco appagante che persino la *Law Commission* ha raccomandato una riforma del *Manslaughter per Gross Negligence* nei termini che seguono:

«We recommend the adoption of the definition of causing death by gross negligence given in our earlier report on manslaughter:
(1) a person by his or her conduct causes the death of another;
(2) a risk that his or her conduct will cause death would be obvious to a reasonable person in his or her position;
(3) he or she is capable of appreciating that risk at the material time;
and
(4) his or her conduct falls far below what can reasonably be expected of him or her in the circumstances»³⁵¹.

La definizione proposta dalla Commissione appare molto più ragionevole. Sul piano oggettivo, vi è mescolanza tra alcuni requisiti della *Caldwell*, come l'ovvietà del rischio, ed altri della *Adomako*, come la specificazione del nesso causale e l'accertamento basato sulla figura del *reasonable man*. Su un piano soggettivo, invece, il punto 3 sembra costruito su misura per la “*Caldwell lacuna*”, mentre il 4 richiede, in primo luogo, che vi sia un'elevata distanza tra il comportamento tenuto e quello imposto dall'uomo ragionevole (“*falls far below*”)³⁵², ed, in secondo luogo, che la condotta venga valutata secondo le condizioni in cui si trovava il soggetto agente.

³⁴⁹ Anche in questo caso si impone un rimando. Di *Prosecution policy* si è infatti parlato a lungo nel capitolo sull'esperienza neozelandese. Per più ampi riferimenti bibliografici, si veda la 171. In relazione al disorientamento causato da *Adomako*, O. QUICK, *Prosecuting “Gross” Medical Negligence: Manslaughter, Discretion and the Crown Prosecution Service*, cit., 421 aa.

³⁵⁰ [2005] 1 Cr App R 21. In merito, V. TADROS, *Criminal Responsibility*, cit., 85.

³⁵¹ Cfr. Law Commission Report N. 304 (20006b: §3.60).

³⁵² Il “*far*” sembra in espressa contrapposizione con la condotta descritta nella *dangerous driving*, punita per colpa lieve, nella quale la condotta “*falls below*” (ma non “*far below*”).

Quanto a quest'ultimo profilo, si può dire che potrebbero valere non soltanto "circostanze" standardizzabili (già peraltro invocate dal "position" del punto 2), ma anche le circostanze concrete ed irripetibili dello specifico caso. Nella vicenda *Adomako*, ad esempio: il fatto che stesse lavorando da un numero assolutamente incongruo di ore.

c) La *Gross Negligence* inglese, quindi, è istituito tuttora "magmatico", alla ricerca di una propria, esatta conformazione.

È, in effetti, difficile comprendere come proprio nella patria dello storico precedente *Bateman*, capostipite della *Criminal Negligence* di tante altre giurisdizioni, l'affermazione di una definizione convincente di colpa grave si sia arenata a quella circolare e tautologica del precedente *Adomako*.

Esempi definitivi efficaci, d'altronde, non mancano. Non solo da altri Paesi – quella americana del *Model Penal Code*, quella neozelandese di modifica dello *Stephen's Code* del 1997 – ma anche nella stessa Inghilterra: la proposta di riforma della *Law Commission* sembra fondere in modo equilibrato profili oggettivi e soggettivi; la recente riforma dei reati involontari commessi dall'ente prevede un *Gross Breach del duty of organization*.

Come controprova, vedremo altri casi di approfondimento della *Gross Negligence* da parte delle Corti di Sua Maestà, ma, essendo tutti riconducibili all'ambito sanitario, verranno affrontati negli ultimi paragrafi di questo capitolo. Per il momento, è bene dare alcune sintetiche coordinate sugli altri ordinamenti angloamericani, per poi esaminare, ancora più sinteticamente i più recenti tentativi dottrinali di conferire alla *Negligence* un substrato di *Culpability*.

4.8. *Sfumature dei diversi ordinamenti angloamericani in tema di “Culpable Carelessness”*

Come detto, la lente di ingrandimento dell'indagine è stata a lungo sull'Inghilterra, con qualche accenno alla più strutturata situazione statunitense.

Per quanto sia da ritenersi in linea di massima valido lo “*Standard Account of Culpable Carelessness*”, può essere di interesse sottolineare alcune peculiarità delle singole giurisdizioni.

a) Le definizioni statunitensi

Si è già fatto cenno al fatto che il MPC statunitense contiene delle definizioni espresse di *Recklessness* e *Negligence*.

La prima è definita come segue:

«A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation»³⁵³.

La *Negligence*, invece, è così individuata nel MPC:

«A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation»³⁵⁴.

³⁵³ Cfr. American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, 3 vol., Philadelphia: American Law Institute, 1980, vol. 1, s. 2.02(2)(c)

³⁵⁴ MPC s. 2.02(2)(d).

In entrambe le definizioni generali, sia la *Recklessness* che la *Negligence* sono ricondotte non all'evento, bensì ad uno degli elementi della fattispecie. È una conseguenza della spiccata tendenza nordamericana all'*Element Analysis*, ovvero la differenziazione del coefficiente psicologico per i vari elementi costitutivi della fattispecie criminosa, che possono essere taluni dolosi e altri colposi³⁵⁵.

L'avverbio "*consciously*" – assente nella definizione di *Negligence* – porta a ritenere che la *Recklessness* accolta nel codice sia di tipo "*aware-based*". Mentre la *Negligence* è "costruita" proprio sul fallimento dal parte del soggetto negligente ad essere consapevole del rischio preso.

Entrambe le definizioni condividono la seconda parte, che richiede una certa evidenza del rischio e una rilevante (*Gross*) deviazione rispetto allo standard dell'uomo ragionevole.

In tutti e due i casi, quindi, il grado di colpa richiesto è selezionato dall'aggettivo *Gross* associato alla deviazione allo standard cautelare e dall'ovvietà del rischio corso.

Si tratta – come suggerisce lo stesso nome del codice americano – di un "modello". Un modello che nessuno dei 50 Stati federati ha accolto in maniera integrale, a parte – così si può dire – il New Jersey, che ha modificato solo due parole³⁵⁶.

La situazione americana, quindi, è molto più "intricata" di quello che queste analitiche definizioni possono lasciar pensare: nei cinquanta stati si rinviene una varietà di posizioni che copre tutto l'arco delle possibilità³⁵⁷, financo a

³⁵⁵ Per una prima infarinatura sul tema P.H. ROBINSON, J.A. GRALL, *Element Analysis in defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, in (1983) 35 *Stanford Law Review*, 681 ss.

³⁵⁶ NJSA s. 2C.2-2(b)(3).

³⁵⁷ Si veda l'ampia analisi di F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 46 ss.

casi nei quali per la *Gross Negligence* è sempre richiesta la coscienza del rischio³⁵⁸, o casi nei quali non sono previste definizioni generali.

b) La minor diffidenza scozzese per la colpa

Nonostante le modeste dimensioni e la contiguità territoriale con l'Inghilterra, la Scozia è un altro estremo comparatistico di grande interesse. Come noto, nonostante l'unione dei regni nel 1707, la *Scots Criminal Law* è sempre rimasta autonoma ed indipendente dal diritto inglese³⁵⁹.

E anche sul tema in approfondimento l'ordinamento scozzese presenta un approccio originale.

Fino agli Anni '60 la *Recklessness* era categoria pressoché sconosciuta in Scozia e vi era, invece, una poco definita figura di "*Dole*". Poi a partire da quel decennio, anche l'ordinamento *scots* si è conformato alla traiettoria angloamericana³⁶⁰. La *Recklessness* però assume diverse forme a seconda dei reati e, spesso, è affermata in senso oggettivo. Ciò, che è in linea con la storia giuridica scozzese, che è molto più a suo "agio" rispetto a quella inglese ad utilizzare accertamenti normativo-oggettivi³⁶¹, ma fa sì che l'approfondimento in tema di *Negligence* sia molto ridotto³⁶².

Esiste, peraltro, in Scozia una forma di *Recklessness*, c.d. "*Wicked*", che assomiglia molto all'omicidio preterintenzionale, giacché l'agente mira a cagionare un danno ("*harm*"), ma nel farlo mostra "*a wicked disregard of fatal consequences*"³⁶³.

³⁵⁸ È il caso del New Mexico. Cfr. *State v. Tapia*, 81 NM 274, 466 P 2d 551 (1970), at 553.

³⁵⁹ Sulla *Scots Criminal Law*, A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, cit.; P. FERGUSON, C. MCDIARMID, *Scots Criminal Law: a Critical Analysis*, Edinburgh, Edinburgh UP, 2nd ed, 2014.

³⁶⁰ Sul punto F. STARK, *Rethinking Recklessness*, in (2011) 163 *Juridical Review*, 155 ss.

³⁶¹ A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., 638.

³⁶² F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 62. Sul diverso percorso della *Negligence* in Scozia ed in Inghilterra anche, A. MCCALL SMITH, *Criminal Negligence and Incompetent Doctor*, cit., 336 ss.

³⁶³ Cfr. *HM Advocate v. Purcell* [2007] HCJ 13, 2008 JC 131.

c) *Le altre giurisdizioni*

Sarebbe interessante dar conto anche di tutte le altre giurisdizioni, ognuna delle quali presenta caratteri propri interessanti. Vediamone, solo telegraficamente, alcuni aspetti.

Della Nuova Zelanda si è detto ampiamente. Occorre qui rimarcare che, forse, al momento l'ordinamento Kiwi è quello dove vige la maggiore chiarezza e la massima vicinanza allo *Standard Account* come delineato agli inizi del capitolo.

In Australia il panorama è molto frastagliato. Come noto, il continente può essere suddiviso in 9 sotto-giurisdizioni, delle quali alcune adottano ancora la *Common Law* ed altre, invece, hanno codificato interamente il proprio diritto penale³⁶⁴. In linea di massima, nelle Corti delle prime, per una responsabilità per *Negligence* viene richiesto che essa sia *Reckless*, cosicché si può ritenere che esse utilizzino due forme di *Recklessness*, oggettiva e soggettiva. Nelle giurisdizioni con *Modern Codes*, invece, esistono definizioni di *Negligence*, la cui unica cifra comune è che essa «*is requiring more than civil negligence*»³⁶⁵.

In Canada, invece, vige una *Recklessness* tipicamente “*advertent*”, mentre la definizione codicistica di *Negligence* è nota per la sua ambiguità. Si dice infatti, alla *Section 220* che la *Criminal Negligence* richiede “*wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons*”³⁶⁶. Dopo un iniziale disorientamento dovuto all'inopportuno richiamo alla sconsideratezza nella definizione della colpa, la giurisprudenza canadese ha chiarito che la «*criminal negligence requires a marked and substantial departure (as opposed to a marked departure) from the conduct of a reasonably prudent [person] in circumstances where the accused either*

³⁶⁴ M. FINDLAY, S. ODGERS, S. YEO, *Australian Criminal Justice*, Oxford, Oxford UP, 5th edn, 2014.

³⁶⁵ A. HEMMING, *Reasserting the place of objective tests in criminal responsibility: ending the supremacy of subjective tests*, in (2011) 13 *University of Notre Dame Australia Law Review*, 69.

³⁶⁶ Corsivo proprio.

recognized and ran an obvious and serious risk or, alternatively, gave no thought to that risk»³⁶⁷.

Fatte queste opportune precisazioni, procediamo oltre.

4.8. Can Negligence be Culpable? *Le più recenti teorie in tema di “Culpable Carelessness” e la costante ricerca di una giustificazione per punire la colpa*

a) Si quindi così è completata anche l’illustrazione del quadro “normativo” relativo a *Recklessness* e *Gross Negligence*.

Un quadro che vede l’Inghilterra alle prese con la definizione circolare di *Gross Negligence* elaborata nel caso *Adomako* e, pertanto, ancora intenta a “rincorrere” altre giurisdizioni che, forti anche di una tematizzazione più efficace della colpevolezza, sembrano aver raggiunto un equilibrio più stabile. Come esaminato, un fattore che ha rallentato a lungo lo sviluppo della *Gross Negligence* è stata la polemica sull’estensione della *Recklessness* e la comparsa sulla scena di una sua forma completamente “oggettivizzata”. Essa, come visto, oltre a dar luogo ad esiti applicativi sconcertanti, ha inasprito il dibattito tra oggettivisti e soggettivisti, creando ancora più diffidenza nei confronti di forme prevalentemente oggettive di imputazione e dando nuovo slancio alle teorie soggettiviste come la “*Exclusive Thesis*” o la “*Charachter Theory*”.

Tra poco vedremo quali ricadute abbia, in concreto, il *test* di *Adomako*, utilizzando, ancora una volta, quale punto di vista privilegiato quello della colpa maturata in ambito sanitario.

Giusto per completare questa complessa tela, finora più vicina all’astrattismo che ad arte figurativa, conviene dar conto di alcuni recentissimi orientamenti dottrinali in materia di *Gross Negligence*.

³⁶⁷ R v. J(F) 2008 SCC 60, [2008] 3 SCR 215.

A livello di letteratura, infatti, si è lasciata la *Negligence* alle sue prime, embrionali affermazioni in chiave normativa. Esse hanno avuto un seguito grazie agli studi di due *Scholars* di Cambridge, A.P. Simester, già incontrato in relazione ai suoi scritti in tema di *Mens Rea* ed Findlay Stark.

b) È proprio dalla monografia di quest'ultimo che sembra il caso di avviare l'analisi³⁶⁸.

Il lavoro consiste in una sofisticata messa a punto del già richiamato *Standard Account* in una dimensione di colpevolezza. Vediamone, per sommi capi, i punti salienti.

L'Autore inizia prendendo le distanze dall'*Exclusive Thesis*, basata sulla *Choice*, specificando che:

«The Exclusive Thesis, if accepted, has profound implications for the criminal condemnation of inadvertent, unjustified risk-taking, typically understood as the mark of negligence. If choice is essential to culpability, culpability cannot exist in the absence of a belief that the relevant risk exists, and inadvertent risk-taking seems beyond the criminal law's grasp.

It will be argued that choices are important when it comes to culpability but are not the be-all and end-all of culpability. What is required for culpability is a suitably clear demonstration of the defendant's insufficient concern for the interests of others, and the work done so far by theorists to support the Exclusive Thesis does not do enough to show that only choices draw a sufficiently clear link between defendants and wrongdoing. The Exclusive Thesis presents an unduly narrow conception of culpability, and what can legitimately be expected of citizens in terms of the formation of beliefs about the risks attendant upon their behaviour»³⁶⁹.

Quanto alla *Recklessness*, l'Autore, come già anticipato, la intende «*in terms of the unjustified taking of a risk of which the defendant was aware*».

³⁶⁸ Si fa riferimento alla più volte citata F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit.

³⁶⁹ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 9.

Stark sostiene che «*to be aware of a particular risk associated with Φ -ing requires a belief that the relevant risk exists*»³⁷⁰ e accoglie una concezione c.d. “disposizionale” della “*belief*”, improntato sul lavoro di Eric Schwitzgebel, filosofo californiano³⁷¹. Secondo Stark, «*believing that p consists in having a wide range of associated dispositions (e.g., to assent to p if prompted, to behave as if p were true etc.). Notably, many of these can be present even when not consciously attending to p. The belief that p can be legitimately ascribed to someone iff she possesses enough of the relevant dispositions associated with believing that p*»³⁷².

Stark ritiene, pertanto che un agente sia *culpable Reckless* quando «*manifests a sufficient number of dispositions to merit the ascription to him of a belief that there is a specific, substantial risk attendant upon u-ing and is unmoved by the belief in circumstances that show him to be insufficiently motivated by the interests of others*»³⁷³.

Venendo alla *Negligence*, che Stark ritiene un “*inadvertent risk taking*”, il pensiero dello studioso deve, come al solito per i giuristi inglesi che vogliono difendere la responsabilità per colpa, iniziare confutando la *choice* come fondamento della colpevolezza.

Per fare questo l’Autore si rifà ad *Account* di responsabilità già proposti nella dottrina inglese, in particolare da Duff e da Tadros, in tema di *Recklessness*, della quale entrambi hanno proposto un’interpretazione a mezza via tra *Cunningham* e *Caldwell*. Molto sinteticamente, cogliendo solo il sottofondo delle più specifiche teorie: secondo il primo, alla base della *Recklessness* vi sarebbe una *Practical Indifference* per gli interessi che

³⁷⁰ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 91.

³⁷¹ Del quale cita in modo particolare E. SCHWITZGEBEL, *A phenomenal, dispositional account of belief*, in (2002) *Noûs* 36, 249 ss.

³⁷² F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 103.

³⁷³ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 122.

l'azione ha messo in pericolo³⁷⁴; a giudizio del secondo, invece, l'agente, rifiutando di dar seguito alle proprie *beliefs* sul rischio, dimostra una insufficiente attenzione per gli altri³⁷⁵.

Sempre nella prospettiva disposizionale delineata per la *Recklessness*, la *Negligence* sarebbe la “*failure of belief*”. Le *Beliefs* «*are formed through a process of combining information gleaned from perception and the defendant's “background beliefs”*»³⁷⁶. Di conseguenza, Egli conclude che vi è una negligenza colpevole quando «*a defendant was possessed of the background beliefs and perceptions that could have led to the belief that a risk was present, but failed to form that belief—in circumstances demonstrating insufficient concern for others—because of an accepted facet of her character*»³⁷⁷.

Anche per Simester, la *choice* è una base sufficiente per la *Culpability*, ma non è sempre necessaria per affermare la stessa³⁷⁸. La *Negligence*, infatti, in quanto basata – anche per lui – sulla “*failure of belief*”, non la richiede perché possa riconoscersi un coefficiente di colpevolezza.

Anche questo autorevole studioso, però, si sente in dovere di precisarne le ragioni, passando in rassegna tutti i possibili stati mentali del reo colposo. Ne emergono considerazioni interessanti, come, ad esempio, che anche la disattenzione e la smemoratezza – stadi psicologici che gli anglosassoni sono sempre restii ad accogliere come penalmente rilevanti – possono essere “*blameworthy*”³⁷⁹.

In conclusione, per Simester:

³⁷⁴ R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability*, cit.

³⁷⁵ V. TADROS, *Recklessness and the duty to take care*, in S. SHUTE, A.P. SIMESTER, (a cura di), *Criminal Law and Theory*, Oxford, Oxford UP, 2002, 248 ss. La differenza tra le due teorie è molto sottile ed occorrerebbero pagine per spiegarla. Si rimanda pertanto a J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 185 ss.

³⁷⁶ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 229.

³⁷⁷ F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, cit., 270-272.

³⁷⁸ A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?*, cit., 88 ss

³⁷⁹ A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?*, cit., 95 ss.

«The analysis in this essays suggests that is possible, after all, to defend some judgements of negligence in terms of a defendant's blameworthiness. Sometimes the defendant's failure to meet and objective standard dose reflect adversely on him: on those occasions, we are right to extend to him our moral judgement of his actions. Conversely, if it is to comprise a standard of culpability, the reasonable man test ought to be subjective to the extent that the defendant's shortcomings do not disclose fault. In particular, apart from physical limitations a defendant should be exempted blame for the harms caused by shortcomings of intelligence. It should be no surprise that the reasonable man sets a mixed standard, part personal and part imposed. Without external standards of comparison, judgement is impossible. Without reference to the defendant, judgement cannot lead to blame. The device of the reasonable man is, in a sense, one means by which the law seeks to reconcile the impersonal with the humane. In a wider sense, reconciliation is at the core of reasonableness. To be reasonable is, in a sense, inhuman. For reasonableness is not so much a state as an approach, a tool that articulates the shared understandings, principles, and expectations of a society; a frame work for discussion, argument, disagreement, and even agreement – not only over issues of culpability, but also about such questions as our obligations in society and our values as human beings. It provides not an answer, but an opportunity to get near them. And also, the reasonable man is no more than a conduit for shared human judgements. Yet that is no small thing. Ultimately, we are irreducibly human. So we cannot always know what is right. Sometimes, all we can do is form judgements, and aspire that they be reasonable»³⁸⁰.

c) Anche la dottrina inglese sulla colpa, dunque, si sta notevolmente affinando. Vi sono però alcune costanti che continuano ad emergere con insistenza.

Anzitutto, ogni indagine sulla colpa è ancora diretta al cuore del problema, ovvero se la *Negligence* possa essere criterio di imputazione e se sì, per quale ragione e su quale base a livello di colpevolezza.

Nel 2016 in Inghilterra, in sostanza, c'è ancora bisogno di giustificare la rilevanza penale della colpa incosciente.

È questo – ma lo si è già detto – l'effetto delle teorie soggettivistiche. Anche l'articolo di Simester e la stessa monografia di Stark partono proprio dalla contestazione che la *choice* sia il fondamento unico della *Culpability*.

³⁸⁰ A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?* 106.

Questo sforzo porta a teorie che, per quanto raffinate, appaiono complicatissime come quella “disposizionale” della *Belief*.

Questa attenzione per gli stati mentali del reo colposo, tuttavia, presenta anche aspetti positivi. La misura “soggettiva”, ad esempio, è un riferimento costante anche per quegli Autori che rifuggono la “Exclusive Thesis”. Basta leggere l’ampio estratto conclusivo del lavoro di Simester per rendersi conto che è ben chiara, nella dottrina inglese, la dimensione spersonalizzante dell’illecito colposo (definito, addirittura, “*inhuman*”).

Ebbene, questa comprensione di fondo per l’errore involontario risulta ancor più marcata verso chi non espone altri al pericolo per il proprio interesse, ma, anzi, lo fronteggia a vantaggio di altri, i medici.

4.10. *Il dibattito inglese sulla criminalizzazione dell’errore medico*

Si è già fatto cenno nel capitolo sulla *New Zealand experience* che anche in Inghilterra, negli ultimi anni, si è registrato un aumento delle *Prosecutions* per *Medical Manslaughter*. Come si è detto, si tratta di numeri assolutamente imparagonabili a quelli italiani, ma ciò non ha impedito alla dottrina di parlare con toni allarmanti di “*Ingrowing toenail*”³⁸¹.

Gran parte delle ragioni di tale incremento, oltre che con le tendenze generali rilevate in tutti i Paesi Occidentali, può essere spiegato dalle

³⁸¹ Espressione di A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, cit., 69. È emblematico anche l’incremento delle trattazioni in dottrina. Tra i tanti, Cfr. A. ASHWORTH, *Criminal Liability in a Medical Context: the Treatment of Good Intentions*, cit., 173 ss.; M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, cit.; D. ARCHARD, *Criminalising Medical Negligence*, cit., 236 ss.; O. QUICK, *Medicine, Mistakes and Manslaughter: a Criminal Combination?*, cit.; ai quali va aggiunto lo scozzese A. MCCALL SMITH, *Criminal Negligence and the Incompetent Doctor*, cit., 336 ss.

incertezze della sentenza *Adomako*. Da quel caso, infatti, si sono susseguiti ben 34 procedimenti nei confronti di sanitari.

La generica indicazione fornita alla giuria da Lord Mackay, unita alla severa condanna seguitane, pare aver dato nuovo slancio ai *Prosecutors*, fino ad allora molto remissivi a perseguire ad errori maturati in ambito medico.

Emblematico del pre-*Adomako* è il caso *Prentice e Sullman*, nel quale due giovani medici, per mancato controllo delle etichette, avevano iniettato ad un ragazzo i farmaci in un ordine diverso e fatale³⁸². Essi, tuttavia, non erano stati riconosciuti come “*Grossly negligent*”.

Il test “circolare” del *leading case* – la *Negligence è Gross* quando è *Criminal* – non è andato a mero vantaggio dell’accusa. La sua indeterminatezza ha causato diverse oscillazioni, cosicché condotte assimilabili sono state decise in modo diverso, spesso anche sulla base dell’“empatia” venutasi a creare tra la giuria e l’imputato.

Vediamo di passare in (rapidissima) rassegna alcuni dei casi più significativi, mettendone in evidenza i tratti ricorrenti.

In tempi recenti, due medici stranieri – anche questa una costante – sono stati condannati per *Manslaughter* pur avendo agito in situazioni tutt’altro che “sicure”.

Il primo, il Dott. Ubani, medico tedesco, è stato riconosciuto responsabile nel 2009 della morte di un paziente per avergli somministrato dieci volte la dose del farmaco prescritta dalle *leges artis*³⁸³. L’errore, da un punto di vista oggettivo, è probabilmente grave, nel senso che Egli “*fell far below*” lo *standard* cautelare. Tuttavia, il medico era arrivato il giorno prima dalla Germania, aveva lavorato un numero spropositato di ore e ancora non conosceva la lingua – parlava, dice la sentenza, un “*poor English*” – e non conosceva il farmaco in quanto non utilizzato in Germania.

³⁸² *R v Prentice* [1993] 3 WLR 927

³⁸³ Caso descritto in M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, cit. 51 ss.;

Più o meno nelle stesse condizioni si trovava il Dott. Ramnath, medico di origine indiana, quando nello stesso anno ha ucciso con un'iniezione fatale di adrenalina la propria paziente in stato di *shock*. Questi, oltre ad essere condannato con pena sospesa, è stato anche esautorato per due anni dal proprio lavoro, laddove, invece Ubani era riuscito a proseguire a praticare in Germania.

Misra, invece, era un sanitario esperto che, nonostante le infermiere ed un altro collega gli avessero segnalato più volte uno stato patologico del paziente, aveva a lungo preferito temporeggiare senza prendere iniziative portando alla morte la vittima³⁸⁴. Per questo infine è stato condannato per *Manslaughter*, ma pare che, a discapito di una colpa molto più evidente che in altri casi, il giudizio sia stato a lungo in bilico, specie per l'abilità dei suoi difensori.

Come sottolineato dalla dottrina, dunque, non vi sono elementi per comprendere come mai Prentice e Sullman non fossero stati ritenuti "Grossly negligent" ed, invece, lo siano stati riconosciuti Ubani e Ramnath. Si esamineranno nel prossimo capitolo conclusivo alcune delle criticità di questi accertamenti. È sin d'ora opportuno domandarsi, sulla scorta di quanto fatto dalla dottrina inglese, che sistema sia quello che affida un paziente alle cure di un medico esausto, che non parla la lingua, non ha dimestichezza coi farmaci utilizzati e non ha mai praticato in ospedali britannici. Si tratta davvero di *Manslaughter* da parte dei medici o, piuttosto, dei Manager³⁸⁵?

In questa prospettiva, buona parte della dottrina ha individuato la soluzione nell'adottare la *Subjective Recklessness* quale criterio di imputazione per i medici³⁸⁶. Si tratta, a ben vedere, di impostazione fin troppo radicale, che,

³⁸⁴ *Misra* [2004] EWCA Crim. 2375.

³⁸⁵ N. ALLEN, *Medical or Managerial Manslaughter?*, in C. ERIN, S. OST (a cura di), *The Criminal Justice System and Health Care*, Oxford, Oxford UP, 2007, 49 ss.

³⁸⁶ Cfr. E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2016, 4th ed., 182 ss.; A. MCCALL SMITH, *Criminal Negligence and the Incompetent Doctor*, cit.,

come dimostrato dall'esperienza della *Caldwell Recklessness*, rischierebbe di essere subito messa in crisi. Come suggerito, dalla *Law Commission*, la strada più adatta sarebbe, forse, quella di rimodulare con maggiore precisione ed efficacia il test di *Gross Negligence*, che, se più articolato, come insegna la Nuova Zelanda, può condurre ad un equilibrio più che soddisfacente in tema di responsabilità medica.

4.10. *Considerazioni sull'evoluzione della colpa inglese e direttrici di approfondimento*

A differenza della situazione neozelandese, la cui indagine ha condotta ad alcune conclusioni, l'esperienza inglese in tema di *Negligence* appare ancora fortemente in evoluzione.

Si è osservato come, per lungo tempo, la colpa abbia dovuto fronteggiarsi con l'equivoco plurisecolare della *Mens Rea*. L'infelice formulazione latina, tramandata fino ai giorni nostri, ha portato molti Autori a guardare con molto (troppo) sospetto alla responsabilità colposa di tipo incosciente.

Ancora oggi ci si domanda se la *Negligence* faccia parte della *Mens Rea*. Ebbene se intendiamo quest'ultima come *Fault* sì; se al contrario la si intende (ancora) come *Gulty Mind* no³⁸⁷.

Proprio su questa distinzione dovranno lavorare i giuristi inglesi nei prossimi anni, per giungere all'elaborazione di un concetto di "*Culpability*" o di "*Fault*" più strutturato e che non risenta più di quelle ambiguità moralistico-soggettiviste che si è trascinata dietro sinora la *Mens Rea*.

Come scritto da Simester e Chan, infatti, «*Actus non fit reus nis mens sit rea may be a beginning. But is far from the end*».

336 ss. Quest'ultimo, a dire il vero, ha un posizione più articolata, fondata sulla distinzione tra *errors* e *violations*. Si veda § 5.2.

³⁸⁷ In proposito D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 162.

Allo stesso tempo, però, proprio questa prospettiva, assolutamente inedita per un *Civil lawyer*, ancora restia a criminalizzare la colpa in senso normativo può essere interessante in ottica comparata.

Per molti anni, un ostacolo alla ricerca di un equilibrio compiuto è stato senza alcun dubbio la confusione definitoria tra *Negligence* e *Recklessness*. Oggi il confine sembra quantomeno tracciato. Certo, vi sono lavori in corso complessi – come quello di Stark – sulla distinzione tra le due figure sul piano della “*Awareness*” del rischio, *but it's a start*.

La criticità maggiore, che stride peraltro con una dottrina ancora molto refrattaria nel riconoscere un ruolo da protagonista alla colpa, è quella della sentenza *Adomako*, un precedente pericoloso e malvagio.

Come vedremo tra pochissimo, però, si tratta di un qualcosa su cui riflettere ma di superabile, dal momento che, come si è osservato, il mondo anglosassone non manca di offrire tante altre definizioni di *Gross Negligence*.

V. Can (slight) Negligence be culpable?

Brevi riflessioni conclusive in termini di colpevolezza ed *extrema ratio* alla luce dell'esperienza anglosassone

5.1. Diario di bordo **5.2. Una possibile definizione di colpa grave. Alcuni tratti comuni tra Common Law e Civil Law** – **5.3. Tensioni tra colpa lieve e colpevolezza** – **5.4. Colpa lieve e dinamiche organizzative: Medical or Managerial Manslaughter?** – **5.5. Cenni sulla disciplina del Corporate Manslaughter Act** – **5.6. Colpa lieve e “Moral Luck”** – **5.7. Colpa lieve e “Overcriminalization”** – **5.8. Does slight Negligence deter? Colpa lieve e deterrenza** – **5.9. Colpa lieve e Principle of not criminalizing where this would be counter-productive** – **5.10. Osservazioni finali.**

5.1. Diario di bordo

Non è compito semplice trarre delle conclusioni da questo lungo “viaggio”, partito dalle insoddisfacenti riforme italiane, proseguito tra ospedali e giurie dall'altra parte del mondo – in Nuova Zelanda – e terminato osservando le peripezie, tanto *In the Books* quanto *In Action*, della *Gross Negligence* inglese.

Il lascito di ognuna di queste tre tappe è molto vasto, ma, come spesso accade, soprattutto per quanto riguarda l'ultima di esse, è costituito più da questioni “aperte” e ancora da approfondire che da risposte definitive.

La situazione italiana è quella che, ovviamente, conosciamo meglio. A fronte di una consistente parte della dottrina che, da tempo, auspica una selezione della colpa penalmente rilevante, vi è un legislatore che in questi anni ha differenziato le diverse aree di rischio colposo sempre e soltanto in

senso repressivo. La punibilità a tappeto di ogni forma di colpa ex artt. 43, 589 e 590 c.p., rimane l'inscalfibile dogma di fondo.

Quando, per una volta, tutto lasciava pensare ad un intervento in chiave deflattiva, come nel caso della l. n. 24, la riforma ha messo a nudo l'*imperizia* dello stesso, conducendo ad esiti in netto contrasto persino con gli intenti manifestati.

La critica a priori del legislatore rischia, talvolta, di divenire stucchevole.

In questo caso, tuttavia, appare fondata su basi più che solide. Il nuovo art. 590-*sexies* c.p., ingabbiato dalle mille cautele previste da una formulazione al limite del paradosso, è riuscito nella duplice impresa, da un lato, di far rimpiangere le imperfezioni del decreto "Balduzzi", dall'altro, di essere rimesso alle Sezioni Unite della Cassazione a pochi mesi dalla sua approvazione.

A prescindere da quella che sarà la decisione della Suprema Corte sulle questioni messe in evidenza nel secondo capitolo, un punto sembra ormai pacifico: il cammino italiano di depenalizzazione della colpa lieve, foss'anche per il momento riservato alle attività sanitarie, si è bruscamente (e immotivatamente) interrotto. Ed anzi, è tornato al suo punto di partenza, vale a dirsi prima del decreto "Balduzzi".

È proprio in questo contesto avvilente, che per lo studioso diventa ancora più utile ed importante la comparazione.

Ed, in effetti, la fermata del viaggio che ha regalato più soddisfazioni in questo senso è stata, senza alcun dubbio, quella neozelandese. In quel caso, anche sfruttando il vantaggio della prospettiva *ex post* dell'indagine – laddove, al contrario, gli altri due capitoli hanno analizzato situazioni in evoluzione e pieno fermento – si è potuto formulare alcune conclusioni provvisorie, alle quali si rimanda per un più ampio apprezzamento, ma nel cui solco proseguiranno anche queste sintetiche osservazioni finali.

In linea di massima, l'insegnamento tratto da quella prima "escursione" comparatistica va suddiviso in tutti gli esaminati effetti benefici che ha portato con sé la riforma del codice penale neozelandese del 1997.

D'altro canto, il capitolo sulla *Negligence* inglese e sui suoi travagliati rapporti con la *Mens Rea* e con la *Recklessness* sembrerebbe aver aggiunto soltanto complessità e problematiche ad una evoluzione che sembrava "lineare" come quella neozelandese.

In realtà, anche da questo secolare dibattito sulla responsabilità colposa emergono elementi di estremo interesse. Anzitutto, un approccio "culturale" assolutamente distante da quello continentale, che talvolta può lasciare perplessi, ma che, come si è visto, finisce per limitare l'utilizzo della colpa penale ancor più che le norme e le interpretazioni giurisprudenziali.

Proprio sotto questo profilo si sono, invece, segnalate le maggiori criticità: in *primis*, in relazione alle oscillazioni sul concetto di *Recklessness*, ma soprattutto con riguardo alla contestata sentenza *Adomako*.

Tale precedente è da considerarsi il miglior esempio di come non definire un grado di colpa particolare quale la *Gross Negligence*. Si è, infatti, messo in luce come il suo accertamento "circolare" sia risultato estremamente malleabile nei giudizi che sono seguiti e abbia, di fatto, condotto a soluzioni ingiuste e criticatissime dalla dottrina, specie nell'ambito della responsabilità sanitaria.

Tuttavia, a ben vedere, quello che si credeva uno dei punti più "oscuri" – si ricorderà l'opinione in proposito della sentenza "Cantore" – ovvero quello della definizione di colpa grave, desta in realtà meno problemi di quanto preventivato.

Partiremo proprio da questo aspetto per articolare delle brevi riflessioni finali. Non già vere e proprie conclusioni, ma considerazioni provvisorie, che si auspica possano divenire direttrici di massima per un ulteriore approfondimento.

5.2. *Una possibile definizione di colpa grave. Alcuni tratti comuni tra Common Law e Civil Law*

a) Come si è detto (§ 2.2.4.) e ribadito poc'anzi, la sentenza “Cantore” aveva definito la distinzione tra colpa lieve e grave come il punto «più oscuro» della nuova disciplina introdotta dal decreto”Balduzzi”.

L'affermazione, collocata in quel preciso contesto, era condivisibile: un giudice veniva infatti a trovarsi (quasi) per la prima volta dinnanzi ad un testo normativo che gli imponeva di valutare la responsabilità sulla base del criterio della colpa “non lieve”, senza, tuttavia, fornirgli indicazioni di metodo di alcun genere.

In quel caso, come esaminato, la Corte si è disimpegnata con grande lucidità e saggezza, fornendo indicatori per la differenziazione dei gradi di colpa validi e riproponibili.

In effetti, nel corso del lungo percorso intrapreso, si sono commentate diverse definizioni di colpa grave (e dintorni), non solo quella formulata dalla sentenza “Cantore”, ma anche quella della legge di riforma neozelandese del 1997, quella del *Model Penal Code* statunitense, quella di Lord Mackay nel caso *Adomako*, quella della *Law Commission* inglese, quella canadese nota per la sua ambiguità, oltre alle numerose proposte in dottrina, sia italiana che anglosassone.

Ad esse sembra il caso di sommare le descrizioni della *Recklessness*. Esse, per via delle forti oscillazioni interpretative, hanno avuto una notevole influenza sulla stessa *Negligence*, e, in chiave comparata, non va dimenticato una parte consistente della nostra responsabilità colposa, quella c.d. “cosciente”, in quegli ordinamenti è contenuta nel raggio applicativo di tale istituto.

Ebbene, fatta eccezione per il *test* circolare di *Adomako*, che merita un discorso a sé stante, sono emersi ricorrentemente alcuni elementi, che rendono plausibile ipotizzare una distinzione condivisa dei due gradi di colpa. Sorprende, in particolare, come vi siano evidenti punti di contatto tra la più che secolare esperienza angloamericana e quella, brevissima e recente, italiana, seppur non risultino proficui scambi sul tema tra il mondo di Common Law e quello continentale³⁸⁸.

Non si vuole, si badi, qui abbozzare una definizione precisa, operazione che richiederebbe ben altro impegno, ma solo sottolineare solo alcuni tratti comuni, che lasciano presagire la perseguibilità di un'impresa, comunque non semplice, ma possibile.

Il primo aspetto da (ri)evidenziare è l'inadeguatezza del *test* formulato in *Adomako*. Per quanto alla colpa sia associata la parola "*Criminale*", che tende ad elevarla ad un livello superiore rispetto a quella civilistica, la definizione del *leading case* inglese, come si è ampiamente osservato, è malleabile, indefinita, discrezionale e pure in possibile contrasto con le istanze di prevedibilità della decisione *ex art. 7 Cedu*.

Essa, peraltro, sembra modellata su un giudizio basato sulla decisione della giuria, alla quale viene sottoposto un generico giudizio sulla "criminalità" o meno del fatto colposo.

Il tema sarebbe ben più ampio e, come evidente, involge il ruolo delle definizioni nel diritto penale e se, ed in quale misura, esse possano essere rimesse alla giurisprudenza. In Italia si ritiene che la dimensione molto più strutturata assunta dalla colpa, nonché l'assenza della giuria, impedirebbero l'affermarsi di un accertamento così "semplicistico".

Tornando al discorso principale, un altro elemento condiviso – ma certamente da affinare – sembra essere la doppia prospettiva (o, più, familiarmente, "misura") dell'accertamento del grado della colpa.

³⁸⁸ Ed anzi, la sentenza "Cantore" esplicitamente rifiutava di aprire la propria indagine ad altre tradizioni giuridiche.

Sia le definizioni in inglese che quelle disponibili in italiano (“Cantore” e quella più risalente ad opera di Tullio Padovani) articolano su due piani, uno oggettivo e l’altro soggettivo, la valutazione circa la gravità della colpa.

Quanto al primo, sembra necessario osservare la misura della divergenza tra la condotta del soggetto agente e quella che, invece, gli era prescritta dalla regola di cautela. È chiaro che vi sono casi nei quali tale divergenza è più agevolmente modulabile – si pensi, ad esempio, alla posologia in ambito medico o alla velocità del veicolo nel contesto stradale – ed altri nei quali, al contrario, la violazione della regola di diligenza si risolve nell’alternativa osservanza /inosservanza.

Va precisato che non si tratta di una graduazione della “tipicità”, giacché, come osservato da Donato Castronuovo, essa non è graduabile: un fatto o è conforme o non è conforme alla fattispecie incriminatrice. Come ammesso anche dallo stesso Autore, è però possibile selezionare, già sul piano della condotta, quelle violazioni che appaiono gravi e quelle che non lo sono³⁸⁹.

In un’ottica deflattiva, questo primo livello consente di escludere la tipicità, in quanto non “gravi”, di quelle condotte di poco devianti dalla misura cautelare: insomma, di tutti gli errori di lieve entità che, nondimeno, magari per sfortuna (§5.6.) hanno cagionato un evento di particolare disvalore.

Peraltro, proprio la gravità dell’evento non può essere tenuta in conto per la graduazione, posto che essa rileva già come elemento della fattispecie penale.

Nelle definizioni anglosassoni esaminate – lo si ricorderà – questo primo livello di graduazione, della trasgressione rispetto al dovere di diligenza, era espresso attraverso i concetti di “*major departure*” dallo *standard* cautelare, o di “*falls far below*”, cioè di grave “caduta” ampiamente sotto ciò che ci si aspettava dal *reasonable man*.

³⁸⁹ Così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 345 ss. *Contra*, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 650 ss.

Su questo piano, potrà risultare importante anche indagare il grado di evitabilità dell'evento³⁹⁰. Non aver evitato un evento “evitabilissimo” con una condotta tutt'altro che speciale, può essere uno degli altri parametri che rendono grave la colpa su un piano oggettivo.

A questo primo livello di accertamento – fondato su *quantum* di divergenza e *quantum* di evitabilità – sembra doversi affiancare la graduazione della “misura soggettiva”.

Essa è invocata *expressiss verbis* nella sentenza “Cantore”, ma era già nota alla più attenta dottrina italiana, che da tempo ne auspica un recupero – peraltro attraverso il riconoscimento di un grado superiore di colpa penale – per modellare, in chiave meno spersonalizzante, il reato colposo³⁹¹.

Alcuni accenni, comunque, si rinvengono pure nelle esperienze angloamericane. Si ricorderà, infatti, che già a partire da Hart viene richiesto che il soggetto sia in grado, sulla base delle sue capacità in concreto, di conformarsi al *duty of care* e di evitare l'evento.

Proprio il *quantum* di esigibilità dall'agente della condotta alternativa lecita costituisce, sotto questo aspetto, il perno della graduazione³⁹². È infatti in termini di esigibilità che possono prendere corpo nel giudizio talune condizioni del soggetto non standardizzabili (e, pertanto, non assorbibili nella figura dell'agente modello di riferimento), come l'eccessiva stanchezza, la pressione psicologica e, più in generale, tutte le situazioni che si sono delineate rispetto ai controversi casi neozelandesi *Adomako* e *McDonald*.

Ancora nella misura soggettiva bisogna collocare il criterio del *quantum* di prevedibilità dell'evento³⁹³. Al riguardo però sono da fare diverse precisazioni ed articolare di più il discorso.

³⁹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, Xed., 345 ss.

³⁹¹ Cfr. T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit.; e D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 345 ss.

³⁹² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 336 ss.

³⁹³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 345 ss.

b) Non si può infatti fare a meno di interrogarsi sulla figura della colpa cosciente e sul suo rapporto con la graduazione della colpa; problema che, in prospettiva comparata con la *Common Law* e la *advertent Recklessness*, si fa ancora più intricato.

È opinione comune che la colpa cosciente sia più *grave* di quella incosciente. Non a caso, nella sentenza “Cantore” si accenna al fatto che anche la previsione dell’evento può assumere rilievo nel valutare il grado della colpa.

Questa affermazione va precisata, in quanto fondata su un dato codicistico quantomeno improprio, che qualifica la colpa cosciente come una circostanza aggravante e non come una diversa forma di colpa.

In una prospettiva eminentemente normativa della colpa e della colpevolezza, infatti, è tutt’altro che certo che la colpa cosciente sia più grave di quella incosciente, principio al contrario piuttosto pacifico se si sposa una concezione psicologica della colpevolezza.

Torniamo, per un attimo, in ambito sanitario. In molti casi saremo portati a ritenere molto più incompetente un medico che non ha nemmeno previsto il rischio piuttosto che un medico che, ad esempio, se l’è prefigurato ma, poi, sulla base di altri dati anamnestici, ha creduto che le possibilità di verifica del rischio fossero basse o inesistenti³⁹⁴.

In altre parole, in ambito tecnico – il discorso, in effetti, sembra valere per gli ambiti professionali in genere – sembra più grave, nella prospettiva

³⁹⁴ Nel mondo di *Common Law* un esempio usato in proposito è quello della violenza sessuale. Nel crimine di *Rape* (lett. “stupro”), l’elemento dell’assenza di consenso da parte della vittima non deve per forza essere coperto da dolo, ma (in linea con l’*Element Analysis*) può essere sorretta dalla *Negligence*. Prima del 2003, era però richiesta la *Recklessness*. La modifica normativa è stata fatta per preservare la componente di *awareness* della *Recklessness*, posto che la giurisprudenza aveva incominciato a ritenere più grave (ed integrante la *Recklessness*) la condotta di chi non si interroga nemmeno sulla presenza del consenso da parte del partner, piuttosto che quella di chi si domanda se vi sia consenso e poi ritenga esservi.

normativa, non conoscere nemmeno i rischi del mestiere, piuttosto che conoscerli, contestualizzarli e, magari, escluderli (sebbene colposamente).

Già Tullio Padovani, rifacendosi alle riflessioni della dottrina tedesca, stabiliva che in casi di omissioni delle cautele più elementari dovute alla mancata previsione del rischio il grado della colpa può essere più grave³⁹⁵.

Quando il rischio è “prevedibilissimo”, al limite dell’ovvietà, è forse meno rimproverabile averlo previsto che non averlo fatto.

In effetti, tutto ciò è indirettamente confermato anche dalla giurisprudenza inglese: la *Caldwell Recklessness* è maturata proprio in contesti nei quali l’agente non aveva previsto un rischio di tale ovvietà da meritare il titolo di “sconsiderato”. Non a caso, la famosa *Loophole* per l’imputato al *test* di Lord Diplock era quella di sostenere di aver previsto il rischio (ovvio), ma di aver fatto affidamento, sulla base di elementi concreti, che questo non si verificasse.

Pare quindi difficile affermare un principio generale sul rapporto tra grado della colpa e coscienza del rischio.

In questa prospettiva, aiuterebbe a meglio graduare la colpa una distinzione proposta in dottrina, che sfugge alla dicotomia colpa cosciente/colpa incosciente, ma che apre al riconoscimento di più ipotesi intermedie, come la “colpa cosciente della situazione di rischio” e la “colpa con rappresentazione di presupposti ulteriori”, da differenziarsi rispetto alla vera e propria “colpa con previsione dell’evento” (e ovviamente, dalla forma base di “colpa incosciente”)³⁹⁶.

È chiaro che quest’ultima tenderà, generalmente, ad essere più grave, poiché il soggetto pur non volendo l’evento l’ha comunque preveduto ed ha agito.

La colpa con coscienza della situazione di rischio, al contrario, nei contesti tecnici potrebbe rivelarsi quella meno grave, poiché l’agente è consapevole

³⁹⁵ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit, 848 al quale si rimanda anche per la bibliografia tedesca sul punto.

³⁹⁶ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., *passim*, ma in special modo 202-210.

di un potenziale e specifico fattore di rischio (rispetto al quale, quindi, non si dimostra “ignorante”), ma senza un immediato riferimento (ossia, senza un collegamento in termini di previsione) a future conseguenze offensive.

L’argomento meriterebbe, in ogni caso, ben altro approfondimento e ben altra attenzione. In effetti, si può ben dire che, come sottolineato anche da Findlay Stark relativamente alla letteratura anglosassone, la distinzione tra colpa cosciente ed incosciente è tema “sotto-teorizzato” nella nostra dottrina, molto più attratta dal riconoscimento tra le contigue figure di colpa con previsione e dolo eventuale.

In effetti, gran parte della complessa ricostruzione di Stark è volta a comprendere quando si versi in ipotesi di *Recklessness* e quando, invece, di *Negligence*. Anche queste difficoltà fanno propendere per il mancato accoglimento anche nel nostro ordinamento della *Recklessness* tra i criteri di imputazione. Anch’esso sarebbe tema degno di maggiore approfondimento, tuttavia, si può segnalare qui per inciso come tale accoglimento avrebbe solo l’effetto di spostare verso il basso l’attuale disputa sul dolo eventuale, col rischio, però, vista la difficoltà nel valutare l’“*Advertent risk taking*”, di inglobare all’interno della nuova categoria ipotesi di colpa incosciente.

Per concludere, ferma l’assenza di qualsiasi equazione tra colpa grave e colpa cosciente, con riguardo a quest’ultima, anziché di *quantum* di prevedibilità, sarà opportuno parlare di *quantum* di previsione.

c) Nel mondo di lingua inglese è poi in voga una distinzione degli errori basata sul celebre lavoro di James Reason *To err is human*. Essa è stata rielaborata con riguardo alla Malpractice medica da Alan Merry e Alexander McCall Smith nel loro noto volume a quattro mani ed ha, per loro tramite, fatto breccia nella dottrina penalistica³⁹⁷.

³⁹⁷ A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L’errore, la medicina e la legge*, cit.

Semplificando – e non di poco – la teoria, vi sarebbero tre macro-categorie di errori: i *mistakes*, gli *errors* e le *violations*.

Per i due Autori solo queste ultime sarebbero sempre meritevoli di tutela penale, giacché solo in esse vi è una *scelta* di esporsi al rischio dell'errore, anche se esse non combaciano in tutto e per tutto con la categoria della *Subjective Recklessness*. Rientra in tale categoria, ad esempio, il caso di un medico che arbitrariamente decide di svolgere un esame diagnostico nella metà del tempo prescritto dalla miglior scienza, ben sapendo che la frettolosa esecuzione dell'esame potrebbe cagionare, ad esempio, la mancata diagnosi di un tumore.

Quanto ai *mistakes* – quegli errori inevitabili – ed *errors*, che dipendono da una momentanea e breve distrazione, essi non sarebbero generalmente da criminalizzare.

In particolare questi ultimi, a cui sono riconducibili tutti i c.d. casi di vincristina (tra quelli visti vi rientrano, ad esempio, *Yogasakaran* e *Prentice* e *Sullman*), possono essere criminalizzati solo nella prospettiva di una comprovata deterrenza dello strumento penale.

La distinzione di Merry e McCall Smith meriterebbe – lo si ribadisce – un altro tipo di approfondimento. Si può ora sottolineare soltanto come, forse, vista la raffinata indagine epistemologica sugli errori e le loro matrici, essa potrebbe rivelarsi utile anche nella difficile opera di graduazione della colpa.

Nel nostro ordinamento la distinzione potrebbe essere valorizzata attraverso diversi percorsi interpretativi. Anzitutto, precisando le varie forme di colpa cosciente appena richiamate, e poi, forse anche con una riflessione della distinzione codicistica in imperizia, negligenza ed imprudenza. Si è detto più volte che si tratta di una categorizzazione finora mai sviscerata, dalla quale è assolutamente iniquo far discendere l'applicabilità di un differente regime di imputazione.

A seguito di una migliore tematizzazione, tuttavia, queste diverse forme di colpa generica potrebbero in qualche modo essere prese in considerazione sul piano della graduazione. In linea di massima, come già accennato da qualche Autore, l'imprudenza nei contesti tecnici è più grave dell'imperizia. L'esempio di violazione che si è fatto allora – quello dell'esame diagnostico svolto nella metà del tempo richiesto – potrebbe essere da un lato considerata una “colpa con rappresentazione di presupposti ulteriori” e, dall'altro, una imprudenza giacché svolgere un esame pur non avendone il tempo consiste in un *facere* che espone il paziente ad un rischio e non è del tutto riconducibile all'imperizia.

Si tratta anche in questo caso di considerazioni soltanto abbozzate, che potrebbero trovare un migliore sviluppo in futuro.

5.3. Tensioni tra colpa lieve e colpevolezza

Lungo tutto il percorso sono emerse tensioni tra principio di colpevolezza e colpa lieve.

Come si è detto, la dottrina italiana imputa a tale forma di colpa di essere un “*maquillage* di facciata” della responsabilità oggettiva³⁹⁸.

In effetti, nei casi neozelandesi esaminati, il coefficiente di colpevolezza iscrivibile ai sanitari accusati di *Manslaughter* si è rivelato sempre molto esiguo. Tanto si può dire anche in relazione ad alcuni casi inglesi, nei quali l'accertamento della colpa è avvenuto secondo le istruzioni del caso *Adomako*. Ma mentre in Nuova Zelanda le uniche sentenze di assoluzione si sono avute per l'impossibilità di stabilire il nesso causale, in Inghilterra, in alcuni casi, la giuria ha ritenuto non “criminali” casi evidenti di colpa,

³⁹⁸ M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 124 ss.

aumentando, come già fatto presente, l'incertezza sui possibili esiti di una *Prosecution per Medical Manslaughter*.

Il tema, a maggior ragione, è noto alla dottrina anglosassone, parte della quale esclude *tout court* che la colpa possa essere una forma di colpevolezza.

Nel dibattito sulla responsabilità sanitaria nel mondo anglosassone, due sono gli argomenti più ricorrenti che denotano il difficile rapporto tra colpa (soprattutto, lieve) e colpevolezza del soggetto: quello della colpa organizzativa, ovvero l'influsso delle dinamiche strutturali e organizzative sulla verifica degli incidenti; quello della fortuna, la c.d. *Moral Luck*.

5.4. *Colpa lieve e dinamiche organizzative: Medical or Managerial Manslaughter?*

Quanto al primo argomento, qualcosa si è già accennato nel capitolo relativo all'esperienza neozelandese.

Da tempo, in effetti, le scienze sociali hanno messo in luce come sia sempre più raro il caso in cui l'errore medico fatale possa essere attribuito, in via esclusiva, ad una condotta colposa *personale* del singolo sanitario³⁹⁹.

Al contrario sulla genesi dell'errore umano, "anello" terminale di una – lunga e – complessa concatenazione di interventi, incide una moltitudine di fattori strutturali ed organizzativi, cosicché la *Malpractice* medica presenta notevoli somiglianze con gli incidenti maturati nei sistemi tecnici più

³⁹⁹ Pietra miliare in questo senso, è senz'altro, il già citato lavoro di J. REASON, *L'errore umano*, cit. Per una sua fedele contestualizzazione nell'ambito medico, invece, A. MERRY, A. MC CALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, cit. In Italia, invece, M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione delle organizzazioni*, Bologna, 2009. Nella letteratura penalistica, G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa"*, cit., 97 ss.

complessi⁴⁰⁰. Pertanto, come affermato ormai diversi anni fa, da Guido Alpa, a dover essere considerato non è più il rapporto medico-paziente in una prospettiva privatistica della medicina, bensì il rapporto tra la “monade paziente” e la “monade sanità”, ricomprendendo in essa il personale medico, quello paramedico ed infermieristico, ma anche l’organizzazione sanitaria, le potenzialità e le possibilità della struttura⁴⁰¹.

Un’indagine complessiva degli assetti organizzativi nei casi di incidenti, peraltro, sembrerebbe ancor più decisiva in un’epoca, quale quella attuale, in cui le risorse risultano più che mai contingentate e⁴⁰², non a caso, si affermano con grande facilità strumenti di razionalizzazione, specie dal punto di vista economico, dell’attività sanitaria: le linee guida. Esse, come noto, possono essere utilizzate dalla stessa struttura sanitaria per impartire al proprio personale direttive di comportamento che, non per forza, perseguono come primo fine la cura dei pazienti secondo la miglior scienza⁴⁰³.

L’analisi della giurisprudenza italiana in tema di responsabilità medica denota, tuttavia, una certa ritrosia a valorizzare, sia in chiave accusatoria che discolpante, aspetti inerenti all’organizzazione ospedaliera⁴⁰⁴. Le pronunce

⁴⁰⁰ Così J. REASON, *Human error: models and management*, in (2000) 320 *British Medical Journal*, 768-770; ripreso in Italia da C. SCORRETTI, *Il clinical risk management oggi: dal sistema alla persona*, cit. 1032 ss. Sul diritto penale in relazione ai disastri tecnologici e al ruolo delle organizzazioni, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, cit.

⁴⁰¹ Cfr. G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, I, 15 ss.

⁴⁰² Molte riflessioni su quanto l’odierna limitatezza delle risorse economiche possa incidere sulle strategie ospedaliere si rinvengono in O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit. *passim*. Più indietro nel tempo, già F. MANTOVANI, *La responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. medicina legale*, 1980, 16 ss.

⁴⁰³ Sul problema delle linee guida ispirate al risparmio di spesa si rimanda alle considerazioni del § 2.2.2.

⁴⁰⁴ In questo senso A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica*, cit., 344; e P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, cit., 9. Va segnalato anche come, in realtà, nemmeno la letteratura sul tema sia così vasta, specie sul versante delle responsabilità dei soggetti apicali della struttura. Oltre ai due lavori già citati in questa nota, si sono accostati al problema F. PALAZZO, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., 1061 ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e*

che prendono in considerazione simili problematiche sono, al confronto con una recente statistica secondo cui circa il 33 per cento degli incidenti in ambito sanitario sarebbero causati da difetti organizzativi o strutturali, davvero rarissime⁴⁰⁵.

In parte, va detto, la responsabilità sembra dover essere attribuita a chi svolge le indagini. Esse, infatti, si orientano immancabilmente, anche nelle ipotesi in cui le carenze strutturali emergono in modo palese, soltanto nei confronti di colui che viene, per usare una suggestiva espressione, trovato con “la pistola fumante in mano”, ovvero il singolo medico⁴⁰⁶. Questo modo di procedere non è privo di conseguenze.

Anzitutto, il rischio più evidente è che colui che viene tratto a giudizio, il medico che ha agito come terminale dell’organizzazione, venga condannato, sotto le pressioni e le domande di giustizia delle vittime, ben oltre le sue effettive colpe⁴⁰⁷.

In secondo luogo, le teorie organizzative hanno messo in luce come un approccio accusatorio diretto esclusivamente nei confronti della persona, ovvero di colui che incautamente dopo il “delitto” maneggiava la “pistola fumante”, è senz’altro più rassicurante, ma finisce inevitabilmente per

l'incolumità individuale, cit.; M. CAPUTO, “Agente modello” e responsabilità per colpa in ambito sanitario, cit.; A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario*, cit.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per mancato impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, ultimo capitolo; A. DE DONNO, A. LOPEZ, V. SANTORO, P. DE DONNO, F. INTRONA, *La responsabilità penale degli organi apicali delle strutture sanitarie*, cit.; S. ALEO, A. CENTONZE, E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, 267 ss.; C. LORÈ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 403 ss.

⁴⁰⁵ Il dato è riportato da F. INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. medicina legale*, 2007, 641 ss. Fa eccezione Cass. Pen., IV Sez., 3/12/2015, n. 2541, (Rel. Gianniti, Imp. Galli) in *Riv. it. med. legale*, 2016, con nota propria, G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, cit., 737 ss.

⁴⁰⁶ L’espressione, di tradizione anglosassone, è utilizzata per rappresentare il problema da A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, XIX dell’introduzione.

⁴⁰⁷ Sul punto già O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 63.

occultare le inefficienze organizzative che si celano dietro la verifica dell'incidente⁴⁰⁸.

Pensare che si tratti di un errore umano dà, certamente, molto sollievo, non foss'altro perché induce a credere che si tratti di un errore controllabile e addebitabile (per colpa) ad una persona; impedisce, però, di approcciarsi direttamente al sistema per apprenderne le endemiche carenze e imperfezioni che, successivamente, potrebbero cagionare il ripetersi dei medesimi eventi lesivi.

Di talché, a voler “pensare male”, l'approccio teso ad individuare nel singolo specialista l'unico responsabile del fallimento medico può, in fin dei conti, giovare alla stessa struttura, permettendole di dilazionare nel tempo la propria riorganizzazione, di solito molto impegnativa dal punto di vista economico⁴⁰⁹.

Il pericolo, in questo senso, è che si venga a creare una rottura dell'alleanza terapeutica che involga non soltanto il rapporto tra medico e paziente, ma persino quello tra il medico e la struttura di appartenenza. Il primo, per evitare di ritrovarsi coinvolto in un processo penale, sarà sempre più incentivato a porre in essere pratiche di cd. medicina difensiva, con aggravio delle finanze della seconda; mentre quest'ultima, proprio in ragione di siffatti aggravii di spesa, sarà portata all'adozione di protocolli e direttive interne volte al risparmio, con la consapevolezza che, se qualcosa dovesse “andare storto”, il procedimento penale si indirizzerà esclusivamente contro il medico⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Su questo specifico aspetto, M. CATINO, *Oltre l'errore umano*, cit. 917 e ss.

⁴⁰⁹ Di questo avviso, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, cit., 64. Sul punto anche A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica*, cit., 335.

⁴¹⁰ Il “rischio penale”, in altre parole, rimane completamente in capo al singolo professionista. Più in generale, sul tema dell'allocazione dell'illegalità penale rimangono sempre molto attuali le considerazioni di F. SGOBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1991.

Una migliore analisi del contesto strutturale ed organizzativo nel quale l'imputato ha operato potrebbe, come visto anche nel capitolo dedicato alla Nuova Zelanda, giustificare il riconoscimento di un grado di colpa più basso in capo soggetto, quantomeno sul piano della colpevolezza⁴¹¹.

Non essendo questa la sede per abbozzare i tratti essenziali di un modello di responsabilità penale dei vertici ospedalieri, pare opportuno perlomeno precisare che l'innescarsi di una nuova riflessione a livello giurisprudenziale sui profili organizzativi delle strutture sanitarie porterebbe, oltre che a "scusare" il singolo sanitario sul cui errore ha influito la situazione complessiva, anche ad indagare, limitatamente ai casi più eclatanti, sul c.d. "secondo livello operativo", appurando eventuali colpe dei soggetti responsabili della gestione amministrativa o, addirittura, della programmazione in sede politica, ancora oggi protagonisti di un ingiustificato privilegio⁴¹².

Come si è osservato, inoltre, un primo passo in avanti nella direzione di uno studio sistematico degli errori è stato fatto dalla legge n. 24/2017 con l'introduzione dell'art. 16, sulla mancata producibilità in giudizio delle indagini interne. Si tratta, però, di un cambiamento culturale che necessita anni, ma rispetto al quale, come ampiamente analizzato, l'esperienza del mondo anglosassone rimane un vero e proprio faro⁴¹³.

⁴¹¹ In questo senso anche la sentenza appena citata, Cass. Pen., IV Sez., 3/12/2015, n. 2541, (Rel. Gianniti, Imp. Galli), cit.

⁴¹² Cfr. A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit., 147 ss. Nel caso di specie, come segnalato il processo nei confronti degli organi apicali della struttura è stato avviato, di fatto "simbolicamente" vista la contiguità con lo scadere dei termini di prescrizione del reato, solo all'esito del giudizio di primo grado. Sugli effetti della prescrizione nell'accertamento del reato colposo D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 189 ss.; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo*, cit., 3836 ss.

⁴¹³ Sotto questo profilo, va segnalata in Inghilterra l'introduzione, ormai un decennio fa del *Corporate Manslaughter Act*, a norma del quale è possibile perseguire una persona giuridica anche a prescindere dal reato della persona fisica. Va precisato come la normativa, ancorché estesa anche al Sistema sanitario (NHL) sia stata applicata in ambito medico solo in un'occasione. Sul tema, fondamentali i lavori di Celia Wells e, nella specie, C. WELLS, *Medical Manslaughter: organizational liability*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, cit., 192

5.5. Colpa lieve e “Moral Luck”

Il tema della “fortuna” è da sempre associato alla colpa nella dottrina tedesca, che lo identifica come un “momento” (lo “*Zufallsmoment*”) ineliminabile dell’illecito colposo⁴¹⁴.

L’incidenza della fortuna sui reati di matrice involontaria è però ampiamente tematizzata anche nel mondo anglosassone⁴¹⁵.

Essa è stata di recente riscoperta proprio in relazione all’ambito della responsabilità sanitaria. A questo ha contribuito anche l’assetto normativo, poiché come si è precisato più volte in Inghilterra è punito severamente (con pena massima dell’ergastolo) il *Gross Negligence Manslaughter*, ma non vi è una fattispecie che possa essere considerata l’equivalente delle nostre lesioni personali colpose.

Secondo questo schema sanzionatorio, l’evento morte assume una funzione estremamente selettiva dei fatti penalmente rilevanti. Se ciò, da un lato, non è (sempre) negativo, dall’altro, può dare luogo a scenari se non irragionevoli, quantomeno discutibili.

Emily Jackson, nel criticare l’assetto della responsabilità penale in ambito sanitario, fa l’esempio di un medico che ha agito in modo sciagurato («*behaved truly exceptionally badly*»), ma, per un colpo di fortuna o per l’eccezionale abilità di altri colleghi, il paziente non è morto. E lo paragona

ss. In lingua italiana, in argomento, G. GENTILE, *L’illecito colposo dell’ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, 2009.

⁴¹⁴ Per un’ampia e interessante ricostruzione dell’argomento, nonché per gli opportuni richiami bibliografici nella dottrina tedesca, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale*, Milano, 1983; e più recentemente, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 105 ss.

⁴¹⁵ Cfr. J.C. SMITH, *The Element of Chance in Criminal Liability*, in (1971) *Criminal Law Review*, 63 ss. T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge UP, 1979, 24 ss. L’ampia tematizzazione della *Moral Luck* è dovuta anche alle numerose ipotesi di responsabilità oggettiva.

ad un altro medico, avveduto, bravo, scrupoloso che commette un lieve errore nel trattare un paziente e questo decede per una serie di circostanze sfortunate (allergie, complicanze particolari, ecc.)⁴¹⁶. Ebbene il primo andrà esente da ogni responsabilità sul piano penale, mentre il secondo con tutta probabilità si ritroverà imputato in un giudizio per *Manslaughter*, con un esito imprevedibile, alla luce della sentenza *Adomako*.

Il problema della *Moral Luck* è molto sentito anche in relazione a quanto esposto nel paragrafo che precede: può infatti accadere che due medici della stessa struttura vengano esposti allo stesso tipo di rischio, ma uno solo dei due sia così sfortunato da vederlo realizzato nell'evento infausto⁴¹⁷. Peraltro, come appena osservato, l'approccio penalistico, oltre a sanzionare il medico più sfortunato, rischia di far sì che il paradigma organizzativo difettoso non venga modificato e che, quindi, al medesimo rischio possano essere sottoposti altri sanitari successivamente.

Sulla base di questo impianto normativo, dunque, anche condotte di altissimo disvalore possono non interessare la *Criminal Law*, se poste in essere da un medico "fortunato". Viceversa, condotte dal disvalore quasi inesistente, per "colpa" della sfortuna possono condurre, in presenza di un evento di massimo disvalore, ad una condanna penale⁴¹⁸.

L'estremo opposto sarebbe quello di creare reati di mera condotta⁴¹⁹, che esulano quindi dalle "fortune" del nesso eziologico.

In realtà, a parere di chi scrive, se la selettività dell'evento è irrinunciabile a livello di sussidiarietà dell'incriminazione: elevare il grado della colpa punibile a quello grave potrebbe risolvere, nella prospettiva italiana, che prevede anche il reato di lesioni personali, gran parte dei problemi su questo fronte.

⁴¹⁶ E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases and Materials*, 182 ss.

⁴¹⁷ N. ALLEN, *Medical or Managerial Manslaughter?*, cit., 49 ss.

⁴¹⁸ M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, cit., 52 ss.

⁴¹⁹ Soluzione peraltro recentemente proposta nel nostro ordinamento da F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., 380 ss.

Ciò che più di tutto appare intollerabile, infatti, è che chi è responsabile di una colpa lieve – oltretutto, come detto nel paragrafo che precede, essa molte volte ha una matrice organizzativa – possa venire punito, laddove invece il collega fortunato che ha commesso un errore grossolano, molto più grave di quello del collega in colpa lieve, ma, per fortuna, non ha cagionato neppure una lesione vada esente da ogni tipo di sanzione.

Insomma, la selettività dell'evento – e, quindi, di converso, della fortuna – è più accettabile se si muove solo sul piano di una colpa grave. In questo frangente, pare ragionevole la *Moral Luck* possa giocare un ruolo, come in ogni esperienza della vita.

5.7. Colpa lieve e “Overcriminalization”

Non solo colpevolezza. Nella tradizione di *Common Law*, la colpa viene non di rado contestata anche sul piano dell'*extrema ratio*.

Oltre che una diffusa riflessione sul “costo” della colpa, ovvero la spesa sostenuta per perseguire questa contestata forma di *Fault*⁴²⁰, vanno segnalati due interrogativi piuttosto classici della dottrina angloamericana:

- *Does Negligence deter?*
- *È la Negligence conforme al principio di not criminalizing where this would be counter-productive?*

Vediamo, in conclusione del lavoro, di accennare anche a queste questioni.

⁴²⁰ D.N. HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2007.

5.8. Does (slight) Negligence deter? *Colpa lieve e deterrenza*

Sotto il primo aspetto, si ricorderà l'argomento tradizionale di Glanville Williams, secondo il quale la minaccia di una sanzione penale nei casi di colpa incosciente non avrebbe alcun effetto deterrente, posto che il reo non avrebbe alcun legame psicologico con il fatto.

L'obiezione è piuttosto "superata" con riguardo alla punibilità *tout court* della *Negligence*. Tuttavia, essa può essere parzialmente riproposta relativamente alla colpa lieve.

La casistica medica presentata lungo il corso di tutto il lavoro sembra, in proposito, piuttosto esemplificativa.

Vi è una serie di errori che sono il frutto di ineliminabili distrazioni, rispetto ai quali la minaccia di una sanzione non ha alcun effetto. Si tratta di quegli incidenti come quello cagionato da Yogosakaran, che si aspettava di trovare un farmaco nel carrello piuttosto che un altro⁴²¹.

A sostegno della tesi per cui rispetto a molti errori, perlopiù quelli lievi, il diritto penale non dispiega alcuna deterrenza, si porta l'esempio dei piloti di aereo. Anche questi commettono disattenzioni fatali nell'ambito della loro professione, anche se in gioco non c'è solo la minaccia di una sanzione penale, bensì la loro stessa vita. Questa sarebbe la dimostrazione che non esiste possibile deterrenza rispetto a certi errori, che, invece sono perfettamente *umani*.

Peraltro, in una delle poche indagini criminologiche sul reo colposo, si è dato conto di come le realizzazioni di eventi dannosi dovute a colpa lieve si accompagnano più frequentemente con una personalità dell'autore adeguata o integra sul piano socio-culturale. La conseguenza immediata sul piano politico criminale sottolineata dall'Autrice dello studio, è che: «con ciò, il

⁴²¹ A. MERRY, A. MCCALL SMITH, *L'errore, la medicina e la legge*, cit.

senso e, insieme, la giustificazione della punizione della colpa lieve diventano incerti»⁴²².

Per tanti degli incidenti dovuti a coefficienti di colpa molto “sottili”, posto che non vi sarebbe prevenzione da parte del diritto penale, nei sistemi di Common Law è opinione diffusa che l’unico modo per scongiurare il ricorrere degli stessi errori sia la gestione sistematica del rischio.

5.9. *Colpa lieve e Principle of not criminalizing where this would be counter-productive*

In questa prospettiva, delineata anche nei §§ 2.5.6., 3.4., 3.8., 5.4., il diritto penale funge da nemesis del *Risk Management*: la ricerca di un colpevole in carne ed ossa fa sì che venga tralasciata la ricerca dei più profondi motivi organizzativi che stanno veramente dietro all’accaduto.

L’art. 16 della legge “Gelli-Bianco”, come si è riferito, mira proprio a dare la possibilità al personale sanitario di indagare sulle cause sistemiche degli errori, talvolta anche riconoscendo proprie responsabilità, con la certezza che gli audit non saranno acquisiti in un eventuale processo a loro carico.

Si ricorderà anche l’esperienza del Gruppo di Anestesisti neozelandesi, di fatto dismesso nel periodo delle *Prosecutions* per mancanza di dati da analizzare.

Ciò premesso, tra i principi del “pragmatico” diritto penale inglese compare anche il *Principle of not criminalizing where this would be counter-productive*⁴²³. Non sembra doversi argomentare oltre sul fatto che la

⁴²² Si fa riferimento al lavoro di E. Schluchter, citato da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 72-73.

⁴²³ A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, cit., 33 ss.

punibilità anche della colpa lieve nell'ambito dell'attività sanitaria potrebbe ben essere in contrasto con il suddetto principio.

In termini di *extrema ratio*, è d'uopo concludere con il monito di un Maestro: «È convinzione diffusa che il diritto penale debba riacquisire la propria razionalità contenendo la sua spinta “inflazionistica” e riacquistando il suo ruolo di strumento eccezionale, di *extrema ratio* per la tutela “frammentaria” di beni giuridici essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale. (...) Questa aspirazione, contrassegnata anche da vincoli d'ordine costituzionale, si scontra, nel momento presente, con la tendenza a considerare lo strumento penale come quello più idoneo a risolvere i principali problemi di una società in crisi ovvero ad affrontare aspetti che spesso sono la spia di disfunzioni istituzionali nonché di carenze rispetto alle quali, almeno da questo punto di vista, il diritto penale rappresenta un *posterius*. Il conferimento al diritto penale di un ruolo promozionale, riproposizione, questa, in termini adattati alla presente situazione, di una non recente polemica circa l'attribuzione alle norme penali d un ruolo anche propulsivo, è l'espressione della atmosfera accennata ed è foriero di ulteriori spinte inflazionistiche»⁴²⁴.

⁴²⁴ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 1475.

Bibliografia

- F.B. ADAMS, *Criminal Law and Practice in New Zealand*, Wellington, Sweet&Maxwell, 2nd ed., 1971.
- R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1466 ss.
- S. ALEO, A. CENTONZE, E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007.
- L. ALEXANDER, K. KESSLER FERZAN, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2009.
- N. ALLEN, *Medical or Managerial Manslaughter?*, in C. ERIN, S. OST (a cura di), *The Criminal Justice System and Health Care*, Oxford, Oxford UP, 2007, 49 ss.
- M.F. ALLNUTT, *Human Factors in Accidents*, in (1987) 59 *British Journal of Anaesthesia*, 856 ss.
- G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, I, 15 ss.
- D. ARCHARD, *Criminalising Medical Negligence*, in ALGHRANI, R. BENNET, S. OST (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. I, *The Criminal Law and the Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, Cambridge, Cambridge UP, 2012, 236 ss.
- A. ASHWORTH, *Towards a Theory of Criminal Legislation*, in (1989) 1 *Criminal Law Forum*, 41 ss.
- A. ASHWORTH, *Criminal Liability in a Medical Context: the Treatment of Good Intentions*, in A.P. SIMESTER, A.T.H. SMITH (a cura di), *Harm and Culpability*, Oxford, Oxford UP, 1996, 173 ss.
- A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

- A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 7th ed., 2013.
- D.J. BAKER, J. HORDER, (a cura di), *The Sanctity of Life and the Criminal Law. The Legacy of Glanville Williams*, Cambridge, Cambridge UP, 2013.
- R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 73 ss.
- F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.
- F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 febbraio 2017.
- M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2001.
- W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, *Of Public Wrongs* (1769), rist. Chicago & London, 1979.
- R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012.
- R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 313 ss.
- M. BRAZIER, A. ALGHRANI, *Fatal medical malpractice and criminal liability*, in (2009) 25 (2) *Journal of Professional Negligence*, 51 ss.
- F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, a cura di Milano, 1997, 1475 ss.
- C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, n. 4, 51 ss.

- C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2016, 1 ss.
- A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.
- A. CADOPPI, *Mens Rea*, in *Digesto Pen.*, IV ed, Torino, 1993, 618 ss.
- A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Padova, IV ed., 2006.
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio in action sulla legalità*, Torino, 2014.
- A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014.
- A. CADOPPI, A. MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, 1995.
- A. CADOPPI, C.M. PRICOLO, *Strict Liability nel diritto angloamericano*, in *Digesto Pen.*, IV ed., Torino, 1999, 20 ss.
- G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica: paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2012, 23 ss.
- G. M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, in *Penale contemporaneo, Riv. Trim.*, 2015, n. 1, 170 ss.
- G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1147 ss.
- G.M. CALETTI, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. legale*, 2016, 737 ss.
- G.M. CALETTI, *Il ruolo delle linee guida nell'accertamento della responsabilità penale: problematiche attuali e prospettive di riforma*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, raccolta degli atti di un Convegno tenutosi a Trieste, in www.quotidianosanità.it, 12 gennaio 2017.

- G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, 84 ss.
- G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 10, 1369 ss.
- A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011.
- S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
- S. CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, in *Digesto Pen.*, IV ed., Torino, 1997, 107 ss.
- S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- S. CANESTRARI, *Rischio d'impresa e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2003, 546 ss.
- S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice Pen.*, 2012, 21 ss.
- S. CANESTRARI, *La colpa*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), Milano, 2013, *Trattato di diritto penale*, 148 ss.
- S. CANESTRARI, *La responsabilità preterintenzionale e la culpa in re illicita tra teoria e prassi*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 155 ss.
- S. CANESTRARI, *Criminal liability in a medical context: the Italian law's approach*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2017, 3, 433 ss.
- S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007.
- M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in ambito sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012.

- M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 875 ss.
- M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO - L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, E-Book del 13 febbraio 2017, 21 ss.
- M. CAPUTO, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss.
- M. CAPUTO, F. CENTONZE, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1361 ss.
- D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 514 ss.
- D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3843 ss.
- D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.
- D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723-1759.
- D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza sul lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 165 ss.
- D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, a cura di Milano, 2011, 971 ss.
- M. CATINO, *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 917 ss.

- M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione delle organizzazioni*, Bologna, 2009.
- I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, raccolta degli atti di un Convegno tenutosi a Trieste, in *www.quotidianosanità.it*, 12 gennaio 2017.
- F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.
- J. CHALMERS, F. LEVERICK, *Fair Labelling in Criminal Law*, (2008) 71 *Modern Law Review*, 217 ss.
- W. CHAN, A.P. SIMESTER, *Four Functions of Mens Rea*, in (2011) 70 *Cambridge Law Journal*, 381 ss.
- G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 1 ss.
- D.B. COLLINS, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, Brooker & Friend, 1992.
- D.B. COLLINS, *New Zealand's Medical Manslaughter*, in (1992) 11 *Medicine and Law*, 221 ss.
- D.B. COLLINS, *New Zealand's Health Practitioners Disciplinary Tribunal*, in (2006) *Medicine and Law* 25, 249-256.
- F. CONSORTE, *Colpa e linee guida*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1227 ss.
- C. CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 335 ss.
- L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004.
- L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1220 ss.

- A. CRESPI, *La "colpa grave" nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 255 ss.
- C. CROSBY, *Recklessness—The Continuing Search for a Definition*, in (2008) 72 *Journal of Criminal Law*, 313 ss.
- R. CROSS, *The Making of English Law: Sir James Fitzjames Stephen*, in (1978) *Criminal Law Review*, 652 ss.
- C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1104 ss.
- C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2099 ss.
- C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2016.
- C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017.
- C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017.
- C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, in *Cass. pen.*, 2017, 3152 ss.
- C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2017.
- F. CURI, *L'istituto della Recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 975 ss.
- F. CURI, *Tertium Datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.
- F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.

- F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, *Dir. pen. proc.*, 2017, 573 ss.
- A. DE DONNO, A. LOPEZ, V. SANTORO, P. DE DONNO, F. INTRONA, *La responsabilità penale degli organi apicali delle strutture sanitarie*, in questa *Rivista*, 2007, n. 3, 637 ss.
- G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2 maggio 2017.
- G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 339 ss.
- M.C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Ind. Pen.*, 1985 31 ss.
- G.P. DEMURO, "Ultima ratio": *alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1660 ss.
- E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, 108 ss.
- O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel reato colposo*, Torino, 2003.
- O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 62 ss.
- O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2014.
- O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 386 ss.
- O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6, 2151 ss.
- A.R. 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, 733 ss.

- A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009.
- A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.
- A.R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, cd. "Balduzzi")*. *Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 833 ss.
- I. DOBINSON, *Doctors who kill and harm their patients: the Australian experience*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 248-264.
- M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 221 ss.
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. Democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3555 ss.
- M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss.
- R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, Blackwell, 1990.
- P. FERGUSON, C. MCDIARMID, *Scots Criminal Law: a Critical Analysis*, Edinburgh, Edinburgh UP, 2nd ed, 2014.
- R.E. FERNER, S.E. MCDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005: a literature review*, in (2006) 99 *Journal of the Royal Society of Medicine*, 309 ss.
- G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.

- G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, n R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 177 ss.
- G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014
- J. FIELD, K.N LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992.
- M. FINDLAY, S. ODGERS, S. YEO, *Australian Criminal Justice*, Oxford, Oxford UP, 5th edn, 2014.
- V. FINESCHI, P. FRATI, *Linee guida: a double edge sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 665 ss.
- 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, 564 ss.
- G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence: a Comparative Analysis*, in (1971) 119 *University of Pennsylvania Law Review*, 401 ss.
- G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little Brown & Company, 1978.
- M. FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 novembre 2017.
- G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- G. FORNASARI, *L'elemento soggettivo del reato: la colpevolezza in generale*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale. II ed.*, vol. I, Torino, 1996, 375 ss.
- G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

- G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
- G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 97 ss.
- G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.
- S. FRANCE, *Reforming Criminal Law – New Zealand's 1989 Code*, in (1990) *Criminal Law Review*, 832 ss.
- M. GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VII, 624 ss.
- S. GARDNER, *Recklessness Refined*, in (1993) 109 *Law Quarterly Review*, 21 ss.
- S. GARDNER, *Manslaughter by Gross Negligence*, in (1995) 111 *Law Quarterly Review*, 22 ss.
- G.L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, www.penalecontemporaneo.it, 4 febbraio 2013.
- G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2013.
- G. GENTILE, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, 2009.
- F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, 22 ss.
- F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 667 ss.

- F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 822 ss.
- L. GIZZI, *Equipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011.
- P.R. GLAZEBROOK, *Criminal Law Reform: England*, in S.H. KADISH (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, New York, Free Press, 497 ss.
- D. GRIFFITHS, A. SANDERS, *The road to the dock: prosecution decision-making in medical manslaughter cases*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 117 ss.
- M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.
- S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del “decreto Balduzzi” (d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un’indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave*; in *Leg. pen.*, 2013, 543 ss.
- J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960.
- J. HALL, *Negligent Behaviour should be excluded from penal liability*, in (1963) 63 *Columbia Law Review*, 632 ss.
- J. HAMPTON, *Mens rea*, in E.F. PAUL, F.D. MILLER, J.PAUL, (a cura di), *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, 1 ss.
- H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford UP, 2nd ed. (con introduzione di J. Gardner), 2008.
- M. HELFER, *La colpa grave quale categoria espressamente prevista nello StGB austriaco. Un esempio da seguire?*, in corso di pubblicazione.
- A. HEMMING, *Reasserting the place of objective tests in criminal responsibility: ending the supremacy of subjective tests*, in (2011) 13 *University of Notre Dame Australia Law Review*, 69.
- J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 7th ed., 2016.

- J. HERRING, C. REGAN, D. WEINBERG, P. WITHINGTON, (a cura di), *Intoxication and Society*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.
- J. HORDER, *Intention in the Criminal Law – A Rejoinder*, in (1995) 58 *Modern Law Review*, 678 ss.
- D.N. HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2007.
- D.N. HUSAK, *Negligence, belief, blame and criminal liability: the special case of forgetting*, in (2011) 5 *Criminal Law and Philosophy*, 199 ss.
- D.N. HUSAK, *Intoxication and Culpability*, in (2012) 6 *Criminal Law and Philosophy*, 363 ss.
- F.M. IACOVIELLO, *La “Franzese”: ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, 241 ss.
- G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 549 ss.
- G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017.
- F. INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. medicina legale*, 2007, 641 ss.
- E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2016, 4th ed.
- M. JONES, A. MORRIS, *Defensive medicine: myths and facts*, in (1989) 5 *Journal of the Medical Defence Union*, 40 ss.
- D. KESSLER, N. SUMMERTON, J. GRAHAM, *Effects of the medical liability system in Australia, the UK and the USA*, in (2006) *Lancet* 368, 240 ss.
- K. KESSLER FERZAN, *Opaque Recklessness*, in (2000-2001) 91 *Criminal Law and Criminology*, 597 ss.
- D. KIMEL, *Inadvertent Recklessness in the Criminal Law*, in (2004) 120 *Law Quarterly Review*, 548 ss.

- I. KUGLER, *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2002.
- N. LACEY, *A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory?*, in (1993) 56 *Modern Law Review*, 621 ss.
- J. LE FANU, *The Rise & Fall of Modern Medicine*, Boston, Little Brown & Company, 1999, trad. it a cura di S. Galli, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005.
- L.L. LEAPE, *Error in Medicine*, (1994) 272 *Journal of the American Medical Association*, 1851 ss.
- A.D. LEIPOLD, *A case for Criminal Negligence*, in (2010) 29 *Law and Philosophy*, 455 ss.
- C. LORÈ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. medicina legale*, 1998, 403 ss.
- G. LOSAPPIO, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 maggio 2017.
- V. MANES, *Commento all'art. 7, § 1, cedu*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 278 ss.
- V. MANES, *"Common law-isation del diritto penale"? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 2017, 955 ss.
- V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018.
- A. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 1-2, 91 ss.
- A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.
- F. MANTOVANI, *La responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. medicina legale*, 1980, 16 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, Xed.

- M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.*, 1999, 1195 ss.
- M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, 152 ss.
- G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 3 ss.
- A. MASSARO, *La responsabilità colposa per mancato impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.
- A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1 ss.
- M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1478 ss.
- M.L. MATTHEUDAKIS, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in *Arch. pen. (web.)*, 2017, 1 ss.
- N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss.
- A. MCCALL SMITH, *Criminal Negligence and the Incompetent Doctor*, (1993) *Medical Law Review*, 336 ss.
- F. McDONALD, *The criminalisation of medical mistakes in Canada: a review*, in (2008) 16 *Health Law Journal*, 1 ss.
- A. MELCHIONDA, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità interpretativa del reato di bancarotta*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.

- A.F. MERRY, *When errors are a crime? – Lessons from New Zealand*, in C. ERIN, S. OST (a cura di), *The Criminal Justice System and Health Care*, Oxford, Oxford UP, 2007, 67 ss.
- A.F. MERRY, A. MCCALL SMITH, *Errors, medicine and law*, Cambridge, Cambridge UP, 2001, trad. it. a cura di P. Girolami, *L'errore, la medicina e la legge*, Milano, 2004.
- A.F. MERRY, D.J PECK, *Anaesthetists, Errors in Drug Administration and the Law*, (1995) 108 *New Zealand Medical Journal*, 185 ss.
- D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 274 ss.
- M.L. MILLENSON, *Pushing the profession: how the news media turned the patient safety into a priority*, in (2002) 11 *Quality Safety Health Care*, 57 ss.
- J. MIOLA, *The impact of the loss of deference towards the medical profession*, in A. ALGHRANI, R. BENNET, S. OST (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. I, *The Criminal Law and the Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, Cambridge, Cambridge UP, 2012, 220 ss.
- E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.
- T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge UP, 1979.
- L. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 781 ss.
- A. NORRIE, *Subjectivism, Objectivism and the Limits of Criminal Recklessness*, in (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies*, 45 ss.
- A. NORRIE, *Crime, Reason and History*, Cambridge, Cambridge UP, 2014.
- D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, Oxford Up, 14th ed., 2015.

- T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 819 ss.
- T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.
- T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.
- F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1061 ss.
- E. PALERMO FABRIS, *La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2017, 2, 211.
- A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, 2016, 374 ss.
- R. PATERSON, *The Public's Hue and Cry: Medical Complaints in New Zealand*, in (2001) 6 *Journal of Health Services Research and Policy*, 193 ss.
- R. PATERSON, *From prosecution to rehabilitation: New Zealand's response to health practitioner negligence*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 229 ss.
- G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.
- C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e "colpa non lieve": un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 311 ss.
- G. PHIPPS, *Public Airing Leads to Culture of Shame*, in *New Zealand Doctor*, 28 gennaio 2004, 19.
- P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 novembre 2012.

- P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 aprile 2015.
- P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2017.
- P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 285 ss.
- P. PISA, G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 9 ss.
- P.F. POLI, *Il D.d.l Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2017.
- S. PORRO, *La faute qualifiée nel diritto penale francese*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, 63 ss.
- M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 891 ss.
- D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 484 ss.
- D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, n. 4, 73 ss.
- O. QUICK, *Prosecuting "Gross" Medical Negligence: Manslaughter, Discretion and the Crown Prosecution Service*, in (2006) 33(3) *Journal of Law and Society*, 421 ss.
- O. QUICK, *Medicine, Mistakes and Manslaughter: a Criminal Combination?*, in (2010) 69 *Cambridge Law Journal*, 186-203.

- J. REASON, *Human Error*, Cambridge, Cambridge UP, 1990, ed. it., *L'errore umano*, Bologna, 1994.
- J. REASON, *Human error: models and managment*, in (2000) 320 *British Medical Journal*, 768 ss.
- L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013.
- L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012. I primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 696 ss.
- L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.la legislazione penale.eu, 7 giugno 2017, 1 ss.
- P.H. ROBINSON, J.A. GRALL, *Element Analysis in defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, in (1983) 35 *Stanford Law Review*, 681 ss.
- J. ROGERS, *The Role of the Public Prosecutor in Applying and Developing Substantive Criminal Law*, in R.A. DUFF, L. FARMER, S.E. MARSHALL, M. RENZO, V. TADROS (a cura di), *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2013, 53 ss.
- A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.
- A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216 ss.
- A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2013, 1 ss.
- A. ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, 231 ss.

- A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2016.
- A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 1 ss.
- C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^a ed., München, 1997.
- G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, n. 2, 1-24 (del dattiloscritto).
- F.B. SAYRE, *Mens Rea*, in (1932) 45 *Harvard Law Review*, 974 ss.
- E. SCHWITZGEBEL, *A phenomenal, dispositional account of belief*, in (2002) *Noûs* 36, 249 ss.
- M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 marzo 2013.
- C. SCORRETTI, *Il Clinical Risk Management oggi: dal sistema alla persona. Aspetti medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1031 ss.
- C. SCORRETTI, *Il perché di questo seminario sulle linee guida*, in L. VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, raccolta degli atti di un Convegno tenutosi a Trieste, in www.quotidianosanità.it, 12 gennaio 2017.
- F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1991.
- A.P. SIMESTER, *Moral Certainty and the Boundaries of Intention*, in (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, 445 ss.
- A.P. SIMESTER, *Can Negligence be Culpable?* in J. HORDER (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford UP, 2000, 85 ss.
- A.P. SIMESTER, *Intoxication is Never a Defence*, in (2009) 3 *Criminal Law Review*, 6 ss.
- A.P. SIMESTER, W. BROOKBANKS, *Principles of Criminal Law*, Wellington, Thomson Reuters, 4th ed., 2012.

- A.P. SIMESTER, *A disintegrated theory of culpability*, in D.J. BAKER, J. HORDER, (a cura di), *The Sanctity of Life and the Criminal Law. The Legacy of Glanville Williams*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, 178 ss.
- P.D.G. SKEGG, *Criminal Prosecution of Negligent Health Professionals: The New Zealand Experience*, in (1998) 6 *Medical Law Review*, 220 ss.
- P.D.G. SKEGG, *A Fortunate Experiment? New Zealand's Experience with a Legislated Code of Patients' Rights*, in (2011) 19 *Medical Law review*, 249 ss.
- J.C. SMITH, *The Element of Chance in Criminal Liability*, in (1971) *Criminal Law Review*, 63 ss.
- F. STARK, *Rethinking Recklessness*, in (2011) 163 *Juridical Review*, 155 ss.
- F. STARK, *It's only Word: on Meaning and Mens Rea*, (2013) 72(1) *Cambridge Law Journal*, 155 ss.
- F. STARK, *Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal law*, Cambridge, Cambridge UP, 2016.
- J.F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, II, London, 1883.
- L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *Indice pen.*, 2016, 12-21.
- V. TADROS, *The system of the criminal law*, in (2002) 22 *Legal Studies* 448 ss.
- V. TADROS, *Recklessness and the duty to take care*, in S. SHUTE, A.P. SIMESTER, (a cura di), *Criminal Law and Theory*, Oxford, Oxford UP, 2002, 248 ss.
- V. TADROS, *Criminal Responsibility*, Oxford, Oxford UP, 2005.
- V. TADROS, *Fair Labelling and Social Solidarity*, in L. ZEDNER, J. ROBERTS (a cura di) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford, Oxford UP, 2012, 67 ss.
- D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in S. CANESTRARI, P. FANTINI (a cura di), *La gestione del rischio in medicina*.

- Profili di responsabilità dell'attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, 33 ss.
- E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 189 ss.
- S. TORRACA, "Nuovi" confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi?, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 817 ss.
- R. TUR, *Subjectivism and Objectivism: Towards Synthesis*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 1993.
- J.W.C. TURNER, *The Mental Element in Crimes in Common Law*, in Aa.Vv. *The Modern Approach to the Criminal Law*, London, 1948.
- C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 256 ss.
- A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torini, 2003.
- A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.
- P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000.
- P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003.
- P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri, contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*. Milano, 2000.
- F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 gennaio 2013.

- F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Penale contemporaneo, Riv. Trim.*, n. 3/2013, 380 ss.
- F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016.
- S. VINCIGUERRA, *Introduzione del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992.
- C. WELLS, *Medical Manslaughter: organizational liability*, in D. GRIFFITHS, A. SANDERS (a cura di), *Bioethics, Medicine and the Criminal Law*, Vol. II, *Medicine, Crime and Society*, Cambridge, Cambridge UP, 192 ss.
- R. WENIN, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, *Ind. Pen.*, 2005, 239 ss.
- G. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, London, Steven & Sons, 1953.
- G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Steven & Sons, 1978.
- G. WILLIAMS, *Oblique Intention*, in (1987) 46 *Cambridge Law Journal*, 417 ss.
- G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, London, Thomson Reuter, 2015, IV ed. (a cura di J. BAKER).
- R. WILLIAMS, *Voluntary Intoxication – A lost Cause?*, in (2013) 126 *Law Quarterly Review*, 264 ss.
- R.M. WILSON, *The Quality in Australian Health Care Study*, in (1995) 163 *Medical Journal of Australia* 458-471.
- B. WOOTTON, *Crime and Criminal Law Reflections of a Magistrate and a Social Scientist*, London, The Hamlyn Trust, 1963.
- S.J. ZIEGLER, *The Regulation of Medicine in the United States: A Mixture of Civile, Administrative and Criminal Laws and Penalties*, in P. MISTRETTA (a cura di), *French Law from a Comparative Law Perspective: fora n Overhaul of Medical Criminal Law?*, Lione, Institut Universitaire Varenne, 2017, 65 ss.

