

● RC professionale

Linee Guida e Decreto Balduzzi

Le prime indicazioni operative

di S. Marinello

L'art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189 prevede che l'esercente una professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo. Si tratta di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti.

Non vi è dubbio che l'intervento normativo, se sottoposto a critica serrata, mostrerebbe molti aspetti critici. Si è in effetti in presenza, per quel che qui interessa, di una disciplina in più punti laconica, incompleta; che non corrisponde appieno alle istanze maturate nell'ambito del lungo dibattito dottrinale e della giurisprudenza in tema di responsabilità medica. Tuttavia, piuttosto che attardarsi nelle censure, conviene tentare, costruttivamente, di cogliere e valorizzare il senso delle innovazioni.

Orbene, già ad una prima lettura risulta chiaro che due sono i tratti di nuova emersione. *Da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva. Dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico.*

Si tratta di novità di non poco conto. La colpa penale, sia pure in un contesto limitato, assume ora una duplice configurazione. E

d'altra parte viene abbozzato, in ambito applicativo, un indirizzo sia per il terapeuta che per il giudice, nel segno della documentata aderenza al più accreditato sapere scientifico e tecnologico.

La storia della responsabilità medica appare complessa, sfumata e ricca di insegnamenti. La più antica giurisprudenza di legittimità in tema di colpa nell'esercizio della professione medica si caratterizza per la particolare larghezza: si afferma che la responsabilità penale può configurarsi solo nei casi di colpa grave e cioè di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Nelle pronunce più risalenti si legge che la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, e che sovente non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria.

Dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché

nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica. Insomma, in questa ormai remota giurisprudenza l'esclusione della colpa è la regola e l'imputazione colposa è l'eccezione che si configura solo nelle situazioni più plateali ed estreme.

Il supporto normativo di tale orientamento è stato solitamente individuato nell'art. 2236 cod. civ., letto come strumento per limitare la responsabilità ai soli casi di errore macroscopico. In dottrina il rilievo in ambito penale di tale norma è stato ricondotto a un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzano neppure un illecito civile assumano rilevanza nel più rigoroso ambito penale.

Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta in ambito teorico a importanti precisazioni, che la giurisprudenza *ha spesso trascurato: le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, e inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'ambito della perizia e non, invece, quelli della prudenza e della diligenza.* In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica.

La questione della compatibilità tra l'indirizzo "benevolo" della giurisprudenza e il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973, all'attenzione della Corte costituzionale (sent. 28 novembre 1973, n. 166) che ha sostanzialmente recepito le linee dell'indicata dottrina, affermando che dagli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 cod. civ. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l'iniziativa del professionista col timore d'ingiuste rappresaglie

in caso d'insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. *Tale particolare regime, che implica esenzione o limitazione di responsabilità, però, è stato ritenuto applicabile ai soli casi in cui la prestazione comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e riguarda l'ambito della perizia e non quello della diligenza e della prudenza.*

L'orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza e ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni giuristi anche in contrasto col principio costituzionale d'uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina.

Per effetto di tali critiche le cose sono ad un certo punto mutate; fattasi strada una visione relazionale del rapporto tra sanitario e paziente, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si è affermata e consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta, che esclude qualsiasi rilievo, nell'ambito penale, dell'art. 2236 del codice civile; e impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 cod. pen. Si è considerato che la norma civile riguarda il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, e non può essere applicata all'ambito penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, né in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena.

Tuttavia la questione della ponderazione in ordine alla gravità della colpa non si è esaurita. Espunto l'art. 2236 c.c. dal novero delle norme applicabili nell'ordinamento penale, esso vi è rientrato per il criterio di razionalità del giudizio che esprime. La Suprema Corte

ha così affermato (sez. IV, n. 39592 del 21 giugno 2007) che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Questa rivisitazione della normativa civilistica appare importante, non solo perché recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma anche perché, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza, che rende quasi sempre difficili anche le cose facili.

Quest'ultima notazione, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa. Il principio enunciato da tale sentenza è stato recentemente ribadito e chiarito più volte. In una pronuncia (Sez. IV, n. 16328 del 5 aprile 2011) si è posta in luce la connessione tra colpa grave e urgenza terapeutica; e si è rimarcato che una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere le contingenze nelle quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio

in emergenza. È stata quindi confermata la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze e attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica. In altra sentenza (sez. IV, n. 4391/12) si è affermato che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio o sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. *In breve, quindi, la colpa del terapeuta e in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli e al contesto in cui esso si è svolto.* Il principio è stato enunciato in un caso in cui si discuteva della responsabilità dello psichiatra di una casa di cura in cui era da tempo ricoverato un degente affetto da una grave patologia psichiatrica e che era precipitato al suolo, perdendo la vita, a causa della sua condizione, verosimilmente per la realizzazione di proposito suicidiario. Si è affermato che vi sono contesti, come quello psichiatrico, nei quali esiste una ineliminabile misura di rischio consentito; e che la linea di confine tra il lecito e l'illecito è spesso incerta, sicché la valutazione della colpa non può prescindere dalla considerazione di tale contingenza. La psichiatria mostra infatti patologie che non di rado sono difficilmente controllabili completamente. In breve, si cura e si protegge il paziente con terapie rispettose della sua dignità che, tuttavia, non possono eliminare del tutto il rischio di condotte inconsulte. Il rischio è insuperabile ma è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso risulta dunque "consentito". Di tale situazione occorre consapevolmente prendere atto nel valutare

la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non basta di certo, da sola, a fondare l'imputazione, dovendosi esperire il giudizio di rimprovero personale che concretizza la colpevolezza, tenendo adeguatamente conto dei margini d'incertezza connessi all'individuazione dell'area di rischio socialmente accettato.

Gli spunti giurisprudenziali di cui si è dato conto si collocano prevalentemente sul versante soggettivo della colpa. Si tenta di valorizzare, sul piano del rimprovero personale, le categorie di rischio e le contingenze che rendono ardua la perfetta osservanza delle *leges artis*.

La nuova legge non incide su tale approccio, che resta dunque parte dell'attuale ordinamento normativo della colpa penale e fornirà nel prosieguo dell'esposizione qualche ulteriore utile indicazione proprio attorno ai problemi connessi all'interpretazione della riforma. La legge aggiunge, a tale stato dell'arte, qualcosa di nuovo. *Il primo dato importante è costituito dalla valorizzazione delle linee guida e delle affidabili pratiche terapeutiche, quando esse siano confortate dal consenso della comunità scientifica.*

Come è noto, le linee guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente e appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono evidenti.

Tali regole, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica.

Occorre partire dalla considerazione che la fattispecie colposa ha necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica,

contrariamente a quanto si potrebbe a tutta prima pensare, costituisce peculiare, ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività. La fattispecie colposa è per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia.

Rispetto a tale quadro d'insieme l'ambito della responsabilità medica presenta alcune peculiarità interessanti. Intanto, a parte la recente innovazione, si registra nel complesso un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza. Al contempo, si è in presenza di un'attività davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione. Infine, l'attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Se ci si chiede dove il giudice possa rinvenire la fonte precostituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni a posteriori, la risposta può essere una sola: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili. Traspare, così, quale interessante rilievo abbiano le linee guida nel conferire determinatezza a fattispecie di colpa generica come quelle di cui ci si occupa. L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario per il conseguimento della scientificità del giudizio. Infatti, l'acquisizione al processo di informazioni scientifiche adeguatamente attendibili non è sempre agevole, tanto più quando si entra in ambiti complessi, controversi, caratterizzati da sapere in divenire.

La Suprema Corte (Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786) ha già avuto modo di porre in luce i pericoli che incombono in questo campo: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno

dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; gli interessi dei committenti delle ricerche. Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo "custode del metodo scientifico". Si è pure posto in luce che il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale e all'indipendenza di giudizio dell'esperto. Tuttavia, ciò può non bastare. Infatti non si tratta tanto di comprendere quale sia il pur qualificato punto di vista del singolo studioso, quanto piuttosto di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze accreditate. Pertanto, per valutare l'attendibilità di una tesi occorre esaminare gli studi che la sorreggono; l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività delle ricerche; il grado di consenso che l'elaborazione teorica raccoglie nella comunità scientifica. Inoltre, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Insomma, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato.

Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine del genere: le informazioni relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere introdotte nel processo dagli esperti. Costoro, non dovranno essere chiamati a esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi e a fornire

gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, vi sia conoscenza scientifica in grado di guidare l'indagine. Di tale indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto. Si tratta di indagine afferente alla sfera del fatto e dunque rimessa alla valutazione del giudice di merito.

Alla stregua di quanto precede risulta chiarito il ruolo di *peritus peritorum* tradizionalmente conferito al giudice; quest'ultimo, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, pervenendo a una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione e umanamente plausibile: il più alto e impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia.

Il legislatore ha evidentemente colto l'importanza del sapere scientifico e tecnologico consolidatosi in forma agevolmente disponibile in ambito applicativo e ha al contempo richiesto il sicuro, condiviso accreditamento delle direttive codificate.

Il giudice, tuttavia, nei casi dubbi, dovrà prestare particolare attenzione all'accREDITAMENTO scientifico delle regole di comportamento che hanno guidato l'azione del terapeuta. Diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire standard legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà e il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo e orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare,

per quanto elastica.

La generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo della categoria: diverse fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegate, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi e istituzioni pubbliche, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive: alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti.

Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, *per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di precostituata, ontologica affidabilità.*

Dunque, 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, la sua veste istituzionale, 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. A tale riguardo è sufficiente rammentare sinteticamente che si è con ragione diffuso un orientamento che rapporta la qualità scientifica delle indagini e delle "istruzioni" che se ne traggono alle prove oggettive che le corroborano.

Il legislatore ha evidentemente inteso la delicatezza del problema e ne ha indicata la soluzione, riportando 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.

Si tratta di una prima, importante enunciazione normativa. *La legge propone un modello di terapeuta attento al sapere scientifico, rispettoso delle direttive formatesi alla stregua di solide prove di affidabilità diagnostica e di efficacia terapeutica, immune da tentazioni personalistiche.* Tale responsabile, qualificato approccio alla difficile professione giustifica, nella vantazione del legislatore, l'attribuzione di rilievo penale alle sole condotte connotate da colpa non lieve.

Naturalmente, *quelle stesse accreditate direttive costituiranno, al contempo, la guida per il giudizio sulla colpa.* Si tratta di una conclusione che, come si vede, pone in sintonia il legislatore con i più recenti approdi della giurisprudenza in tema di prova scientifica. Tale prima indagine sull'attendibilità delle linee guida non esaurisce l'itinerario che conduce all'individuazione dell'approccio terapeutico appropriato. Sono infatti in questione la natura, la struttura e lo scopo delle direttive.

Una prima lettura della norma induce a cogliervi una contraddizione: un terapeuta che rispetta le linee guida e che è al contempo in colpa. La contraddizione è in realtà solo apparente. Per risolverla occorre considerare che, come si è sopra esposto, le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. *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 discostarsene.* 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.

Nel complesso, emerge che l'osservanza o l'inosservanza delle guida terapeutica indizia soltanto la presenza o l'assenza di colpa, ma non implica l'automatica esclusione o

affermazione dell'imputazione soggettiva. Le linee guida, in effetti, sono utilizzate frequentemente, con esiti tuttavia variabili sulla sorte del processo.

Si è infatti considerato che le linee guida hanno un rilievo probatorio indubbio ma non esaustivo; esse non possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto: non si può pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga, attese le particolarità del caso clinico, di dover coltivare una soluzione atipica. D'altra parte, le raccomandazioni possono essere controverse oppure non più rispondenti ai progressi nelle more verificatisi nella cura della patologia. *È evidente che i suggerimenti codificati contengono indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto a esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano ciascun concreto caso clinico. In ogni caso, i documenti devono essere in linea con il sapere scientifico accreditato e non possono essere improntati all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale, trascurando le reali esigenze di cura.*

La considerazione delle caratteristiche delle linee guida aiuta a comprendere la portata della nuova normativa e risolverne l'apparente contraddittorietà.

Potrà 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 e 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 sia non lieve. Non solo. *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 di discostarsi dallo standard, cioè di disattendere la linea d'a-*

zione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, nel caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche dei rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche eccentriche rispetto alla prassi ordinaria. Nella logica della novella ***il professionista che inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali con riguardo a una patologia e che, tuttavia, non persegue correttamente l'adeguamento delle direttive allo specifico contesto, o non scorga la necessità di disattendere del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme, sarà censurabile, in ambito penale, solo quando l'acritica applicazione della strategia ordinaria riveli un errore non lieve.***

In tali casi la valutazione ex ante della condotta terapeutica, tipica del giudizio sulla colpa, dovrà essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista: il terapeuta complessivamente avveduto e informato, attento alle linee guida, non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi rimarchevole. In conclusione, alla stregua della nuova legge, *le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti. Tale disciplina, naturalmente, trova il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia.*

La protezione offerta non è però illimitata; la regola d'imputazione soggettiva della sola colpa non lieve non interviene in tutte le situazioni. In cui, nel corso del trattamento, vi sia stata, in qualche frangente, l'attuazione di una direttiva corroborata. Si richiede altresì di comprendere se la gestione di quello specifico rischio sia governata da linee guida qualificate, se il professionista si sia ad esse

attenuto, se infine, nonostante tale complessivo ossequio ai suggerimenti accreditati, vi sia stato alcun errore e, nell'affermativa, se esso sia rimarchevole o meno. Naturalmente, si tratterà pure di valutare se una condotta terapeutica appropriata avrebbe avuto qualche qualificata probabilità di evitare l'evento, ma in ciò non vi è nulla di nuovo rispetto agli ordinari criteri di accertamento della colpa. In conclusione, il paradigma di accertamento e valutazione della colpa che si è sinteticamente tratteggiato seguendo la ratio della riforma non è sempre pertinente: l'indagine sulla correttezza della condotta medica potrà esulare dall'ambito segnato da accreditate direttive scientifiche. Ciò potrà senz'altro accadere quando tali direttive manchino o quando la questione di cui si discute nel processo concerna comunque un aspetto del trattamento che esuli dal tema dell'aderenza alle ridette linee guida. Resta, infine, da esaminare il tema più nuovo e oscuro introdotto dalla nuova disciplina, quello della distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

La nuova normativa non ha definito le due figure, né ha tratteggiato la linea di confine tra esse; e d'altra parte non vi sono elementi per ritenere che si sia voluto far riferimento a categorie estranee alla tradizione penalistica nazionale, quale si esprime nella giurisprudenza. L'assenza di una definizione legale complica senza dubbio le cose. L'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro contenitore concettuale di comportamenti che si trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine.

Il giudizio sulla gravità della colpa non è per nulla estraneo all'esperienza giuridica penalistica. Esso è imposto dall'art. 133 cod. pen. che prevede che la misura della pena debba essere commisurata anche al grado della colpa, ma non fornisce alcuna indicazione sui criteri che debbono presiedere

a tale delicata valutazione. La graduabilità della colpa si desume altresì dagli art. 43 e 61 n. 3 cod. pen. che configurano la colpa cosciente come un grado particolare e non come una figura autonoma di colpa. La materia è scarsamente approfondita sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto a causa dell'opinione diffusa che il giudizio sulla colpa e sulla graduazione della pena sfugga a una analisi razionale fondata su basi logiche e sia alimentato prevalentemente da valutazioni su base intuitiva, che riguardano elementi emotivi, la personalità dell'agente e l'atteggiamento nei confronti degli interessi in gioco. Ciò nonostante nella riflessione dottrinale si rinvergono utili e sostanzialmente concordi indicazioni.

Si osserva che, *poiché la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere*. Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola. Così, ad esempio, occorrerà analizzare di quanto si è superato il limite di velocità consentito; o in che misura si è disattesa una regola generica di prudenza. Occorrerà altresì considerare quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione.

Vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fondato l'affidamento dei terzi, tanto maggiore sarà il grado della colpa. Il quantum di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa. Ad esempio, l'inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per comune medico.

Altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della motivazione della condotta. Come si è già accennato, un trattamento tera-

peutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto in condizioni d'urgenza. Infine, un profilo soggettivo è costituito dalla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo. Peraltro, non sempre, la valutazione della colpa è fondata su un unico indicatore. Ben spesso coesistono fattori differenti e di segno contrario. In tale caso si ritiene che il giudice debba procedere alla ponderazione comparativa di tali fattori, secondo un criterio di equivalenza o prevalenza non dissimile da quello che viene compiuto in tema di concorso di circostanze. L'analisi comparativa diviene ancora più complessa quando si presenti una cooperazione colposa di più agenti o della stessa vittima.

Nella giurisprudenza non si rinvergono indicazioni analitiche circa i fattori di graduazione della colpa, ma solo riferimenti impliciti o appena accennati alla distanza tra la condotta tenuta e quella pretesa, alla misura della prevedibilità dell'evento.

Si tratta di sfuggire, per quanto possibile, alla tentazione di ricorrere a sinonimi, ad artifici retorici, ad itinerari argomentativi circolari, tautologici; e occorre provare ad aggiungere, per quanto possibile, qualcosa di definito, oggettivo e pertinente a ciò che l'idea di gravità del rimprovero intuitivamente implica. Il panorama normativo non fornisce, purtroppo, aiuto concreto; in diverse norme compare l'evocazione della colpa grave, senza che segua alcuna definizione che possa ritenersi anche solo limitatamente pertinente al contesto. Per contro, qualche indicazione può essere fornita propria dalla già evocata giurisprudenza della Corte di cassazione. Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'ars medica: la plateale ignoranza o l'altrettanto estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa. Tuttavia tale definizione appare riduttiva.

Essa si confronta con la marcata violazione delle regole basilari e traccia la figura di un terapeuta radicalmente inadeguato rispetto al suo ruolo. Tuttavia, occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da "istruzioni" articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. Al contrario, l'entità della violazione delle prescrizioni 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 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. Attraverso tale raffronto la ponderazione demandata al giudice acquisisce una misura di maggiore determinatezza o, forse, solo di minore vaghezza. Infatti non può essere taciuto che, per quanto ci si voglia sforzare di congegnare la valutazione rendendola parametrata a dati oggettivi, a regole definite, e quindi non solo intuitiva, resta comunque un ineliminabile spazio valutativo, discrezionale, col quale occorre fare i conti.

L'indicato criterio generale non appare incompatibile con la nuova normativa. La novella, infatti, come si è visto, si riferisce a un terapeuta che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia 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