

Successione mediata di norme penali e risvolti applicativi in materia di responsabilità medica

Autore: La Rocca Caterina

In: Dei reati e delle pene

Il punto delle Sezioni Unite

Il fenomeno successorio nel diritto penale

È opinione ormai diffusa nella dottrina penalistica italiana quella per la quale il **fenomeno successorio** può derivare da **modificazioni immediate e mediate della fattispecie di reato**[1].

Difatti, nell'ipotesi di successione immediata, gli interventi legislativi incidono direttamente sulla struttura della fattispecie criminosa, mentre, in caso di successione mediata, la novità legislativa può riguardare norme giuridiche o extragiuridiche, cui la norma penale fa esplicitamente o implicitamente riferimento, ovvero elementi normativi che rinviano a norme diverse da quella incriminatrice per la definizione di determinati concetti.

La seconda tipologia successorica ricorre nei casi di modifica di norme che, da un lato, integrano il contenuto di una legge penale, cosiddetta "norma penale in bianco", e, dall'altro lato, disciplinano elementi normativi della fattispecie di reato.

Il **fenomeno successorio**, quindi, si iscrive nel più ampio ambito dell'efficacia delle leggi penali nel tempo, la cui regolamentazione trova il suo primo e fondamentale addentellato normativo nell'**art. 25 Cost.**[2], che esprime il **principio di irretroattività della legge penale**, corollario applicativo del principio di legalità.

In virtù del suddetto principio - già richiamato dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile[3], nonché previsto, a livello sovranazionale, dall'art. 49 della Carta di Nizza[4] e dall'art. 7 CEDU[5] -, la legge non può ricollegare conseguenze o effetti giuridici sfavorevoli a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, né attraverso l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice né mediante un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello previsto al tempo della consumazione del reato.

L'**efficacia delle leggi penali nel tempo** è, altresì, disciplinata dall'**art. 2 c.p.**, che distingue tre diverse ipotesi di successione.

Il primo comma[6] sancisce il **divieto di retroazione della norma successiva** e introduttiva di un nuovo reato, per un comportamento che prima era ritenuto lecito.

Il secondo comma[7] afferma il **principio di retroattività favorevole**, prevedendo che nessuno può essere punito per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce reato. Si tratta della cosiddetta “**abolitio criminis**”, in forza della quale il giudice, in pendenza di processo, nonché prima della sentenza definitiva, è chiamato a rilevare l’intervenuta abrogazione ai sensi dell’art. 129 c.p.p., dichiarando con sentenza l’assoluzione mediante la formula “perché il fatto non è previsto dalla legge come reato” ex art. 530, co. 1, c.p.p.. Laddove, invece, si sia già formato il giudicato, il giudice, in sede di incidente di esecuzione di cui all’art. 673 c.p.p., deve revocare la sentenza.

Il quarto comma[8], inoltre, disciplina l’ipotesi della successione delle leggi penali modificative, la cosiddetta “abrogatio sine abolitione”, ovvero l’adozione di una legge successiva che interviene, senza abrogazione, sugli elementi costitutivi della fattispecie astratta. Rimane, dunque, la continuità normativa sotto il profilo del bene giuridico tutelato, ma cambia la struttura costitutiva.

Ebbene, i problemi che si ravvisano per le due tipologie di successione sono differenti: per la **successione immediata** occorre verificare quando possa trovare applicazione il comma 2 o il comma 4 dell’art. 2 c.p.; per quella **mediata**, invece, è necessario accertare se la stessa, pur non incidendo sulla norma penale, possa parimenti essere regolamentata dai citati commi 2 e 4[9].

Nulla quaestio per l’ipotesi in cui, per effetto della **successione della norma extrapenale**, si determinino effetti sfavorevoli, in quanto la medesima non può retroagire sfavorevolmente.

Il problema si pone, invece, quando la norma sopravvenuta rechi effetti favorevoli e, in questo caso, occorre domandarsi se a tale fenomeno successorio, che non involge la norma penale rimasta immutata, trovi applicazione il principio della retroattività favorevole.

Al fine di risolvere siffatta questione sono state prospettate tre tesi.

La prima tesi pone come oggetto di indagine la valutazione del cosiddetto “**fatto concreto**”, qualificabile come baricentro della condotta in cui si incentra il disvalore tipico della fattispecie.

Secondo tale elaborazione, nell’ipotesi in cui vi sia successione di norme extrapenali, le stesse devono considerarsi incorporate nella norma penale incriminatrice, quella formalmente rimasta immutata, con la conseguenza che la regola successiva che si applica alla norma penale deve potersi applicare anche alla norma extrapenale.

Sicché, qualora si riscontri, dopo il fenomeno successorio della norma extrapenale, che il fatto concreto è riconducibile ad entrambe le fattispecie astratte succedutesi nel tempo e, dunque, si ravvisi la doppia punibilità del medesimo, deve trovare applicazione il principio contenuto nel co. 4 dell’art. 2 c.p..

La seconda tesi, quella della **continuità normativa**, impone di constatare, per verificare che la successione mediata soggiaccia alle stesse regole successorie di quella immediata, se, a seguito del novum extrapenale, sia o meno mutato il disvalore che il legislatore ha inteso perseguire con l'incriminazione. Pertanto, occorre guardare non alla struttura dell'illecito, bensì alla continuità del bene giuridico presidiato, con la conseguenza che ogniqualvolta, per effetto della novità extrapenale, sia mutato il disvalore penale che si intende stigmatizzare, deve trovare applicazione la regola dell'abolitio criminis[10].

Tuttavia, la tesi prevalsa sia in dottrina che in giurisprudenza è quella che fa leva sul criterio strutturale di **continenza tra le norme incriminatrici** succedutesi nel tempo. Tale rapporto si riscontra in tutti quei casi in cui tra le fattispecie astratte intercorra una relazione di genere a specie[11].

Siffatto criterio è stato oggetto del ragionamento seguito dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Magera[12].

La questione sottoposta alla Suprema Corte di Cassazione era quella di verificare la punibilità della condotta di violazione dell'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998, posta in essere da cittadini rumeni prima dell'adesione del paese di appartenenza all'Unione europea.

Orbene, le **Sezioni Unite** hanno concluso per l'**inapplicabilità dell'art. 2 c.p.** nei confronti del cittadino rumeno sottoposto a giudizio a seguito dell'ingresso della Romania nell'Unione europea. Dunque, si è escluso che potesse essere pronunciata l'assoluzione dell'imputato con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato".

Secondo quanto sostenuto dalle Sezioni Unite sopra richiamate, che si discostano del tutto dalla tesi della doppia punibilità in concreto, è necessario, affinché possa svolgersi un'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali, fare riferimento alla fattispecie astratta[13]. Pertanto, occorre stabilire se la norma extrapenale modificata svolga per la norma incriminatrice una funzione, per la quale sia possibile affermare che, pur essendo quest'ultima rimasta immutata, la fattispecie risultante dalla combinazione tra norma penale e norma extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato[14].

Alla luce del suddetto ragionamento, il giudice deve abrogare la norma incriminatrice previgente, ove sia pervenuto alla conclusione che la fattispecie astratta intervenuta successivamente abbia comportato una modifica della descrizione del tipo di illecito e, di conseguenza, un diverso apprezzamento circa il disvalore sociale stigmatizzato.

Ne deriva che il fenomeno della successione mediata soggiace alle stesse regole previste per quella immediata solamente se la norma extrapenale abbia concorso a definire il precetto, ovvero il tipo di reato e, come tale, risulti incorporata all'interno della norma penale.

Tale conclusione è cristallizzata nella sentenza sopra richiamata, ove è riportato quanto segue: “(...) una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo, solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama”[15].

Attuando le predette argomentazioni al caso di specie, si sarebbe verificata l’abolitio criminis solo se la norma extrapenale, cui l’art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 286/1998 implicitamente ha fatto rinvio per la definizione del termine “straniero”, avesse modificato siffatta nozione. Poiché, invece, non è stata apportata alcuna modifica in tal senso, essendo mutato soltanto il presupposto di fatto dell’applicabilità della norma incriminatrice, non può trovare applicazione l’art. 2 c.p..

Responsabilità medica dal decreto Balduzzi alla legge Gelli-Bianco: individuazione della disciplina più favorevole

I dubbi e le perplessità che con il fenomeno successorio, nella sua declinazione mediata, sono emersi e ai quali si è cercato di dare risposta, si sono inevitabilmente manifestati soprattutto in campo medico.

In tale sede, invero, giova esaminare quelli che sono i profili intertemporali relativi alla **responsabilità penale del medico**, materia, quest’ultima, che è stata oggetto di due importanti modifiche ad opera della **legge 8 novembre 2012 n. 189** (c.d. decreto Balduzzi)[16], nonché della **legge 8 marzo 2017 n. 24** (c.d. legge Gelli-Bianco)[17].

Orbene, prima dell’intervento legislativo del 2017, ai sensi dell’art. 3, co. 1[18], l. 189/2012 il medico che nello svolgimento della propria attività avesse rispettato le **linee guida** e le **best practices** rispondeva, ferma la responsabilità civile ex art. 2043 c.c., dei reati colposi eventualmente commessi solo per colpa grave. Lo stesso, invece, non poteva essere punito penalmente nei casi di colpa lieve.

Come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza di legittimità[19], il criterio di accertamento della gravità della colpa si identificava nella misura della divergenza tra la condotta tenuta dal medico e quella che era da attendersi sulla scorta della norma cautelare che si aveva l’obbligo di osservare.

A tal proposito si era posto il problema di stabilire se questa disciplina avesse comportato una parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie.

Per risolvere siffatta questione era necessario stabilire preliminarmente se l’**abolitio criminis** avesse potuto trovare applicazione a seguito di modifica di norme integratrici della legge penale.

Sicché, secondo la giurisprudenza di legittimità intervenuta sul punto[20], il decreto Balduzzi aveva determinato una parziale decriminalizzazione delle fattispecie colpose, con conseguente applicazione

dell'art. 2 c.p..

Tale assunto trovava giustificazione nel fatto che le condotte connotate da colpa lieve non avrebbero più avuto alcuna rilevanza penale, qualora avessero trovato collocazione all'interno dell'area segnata dalle linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché accreditate dalla comunità scientifica. Le stesse potevano essere considerate solo ai fini del risarcimento del danno da richiedere in sede civile.

Come hanno poi precisato i giudici di Piazza Cavour[21], l'osservanza delle linee guida non avrebbe escluso la rilevanza della colpa lieve qualora la specificità del quadro clinico del paziente avesse imposto un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle medesime.

Attraverso l'introduzione di questo **sistema di graduazione della colpa**, il legislatore aveva compiuto una chiara scelta politico-criminale, laddove aveva rinunciato alla rilevanza penale del fatto nelle ipotesi di colpa lieve, che sarebbero state sanzionate solo civilmente.

Emergeva in tutta evidenza come la norma summenzionata concorresse a definire il concetto di colpa penalmente rilevante, in collegamento con l'art. 43 c.p. e, pertanto, doveva ritenersi che la stessa fosse qualificabile come norma definitoria e, dunque, integratrice della norma penale.

Successivamente il quadro normativo è cambiato per effetto della **novella legislativa del 2017**.

Invero, l'art. 6 l. 24/2017, abrogando l'art. 3 del decreto Balduzzi, così come sopra richiamato, ha **introdotto l'art. 590-sexies c.p.**[22], che disciplina la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. L'importanza del novum legislativo risiede nel comma 2 del citato articolo, dove è stabilito che qualora la morte o le lesioni si siano verificate a causa di imperizia, la punibilità dell'esercente la professione sanitaria resta esclusa se sono state 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. Le raccomandazioni previste dalle predette linee guida devono essere, altresì, adeguate alle specificità del caso concreto.

A differenza della precedente legge, tale riforma sembrerebbe aver eliminato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, soffermandosi solo sui profili di imperizia, negligenza e imprudenza, nonché escludendo la punibilità nella prima ipotesi.

Lo schema introdotto dalla legge Gelli-Bianco è stato oggetto di molteplici critiche, dal momento che, sin dalla sua entrata in vigore, è risultato alquanto difficile, per gli operatori del diritto, determinare la rilevanza da attribuire alle **linee guida**, così come delineate dal legislatore, e **delimitare in concreto la nozione di imperizia** da quella delle figure affini di negligenza ed imprudenza.

Il contrasto giurisprudenziale ed il punto delle Sezioni Unite

Atteso che si assiste ad un evidente fenomeno di **successione mediata di norme penali**, cui deve trovare applicazione l'art.2 c.p., il punctum dolens sotteso alla questione in esame, che ha portato ad un acceso contrasto giurisprudenziale, si è concentrato nella faticosa **individuazione della disciplina più favorevole**, tenendo conto, altresì, del momento di consumazione del reato prima o dopo l'entrata in vigore della riforma.

Ebbene, un **primo orientamento giurisprudenziale**, espresso nella nota sentenza De Luca-Tarabori[23], ha ritenuto la disciplina contenuta nel decreto Balduzzi più favorevole rispetto a quella della legge Gelli-Bianco.

Tale approdo si giustifica in virtù del fatto che l'art. 3 l. 189/2012 esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, mentre l'art. 590-sexies c.p., eliminando la distinzione tra colpa lieve e colpa grave ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, utilizza come criterio di valutazione della colpa per imperizia - la sola a poter escludere la punibilità - le linee guida.

Peraltro, nella sentenza De Luca-Tarabori vengono messi in evidenza aspetti di incostituzionalità per violazione dell'art. 32 Cost., in quanto si ritiene che la non punibilità in caso di imperizia anche per colpa grave costituisce una minaccia per il diritto alla salute, nonché per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., dal momento che potrebbe instaurarsi rispetto alla responsabilità del medico un regime normativo "irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili"[24].

Successivamente, col caso Cavazza[25], si è affermato un **secondo arresto giurisprudenziale**, il quale ha ritenuto più favorevole la nuova disciplina.

Dalla lettura della predetta sentenza, invero, emerge come la legge Gelli-Bianco agevoli la posizione dell'esercente la professione sanitaria, escludendone la punibilità nel solo caso di imperizia, nonché indipendentemente dal grado di colpa, qualora ricorrano i presupposti dettati dalla novella legislativa.

Secondo quest'ultimo orientamento, dunque, non può attribuirsi differente rilievo alla colpa grave rispetto a quella lieve, poiché entrambe sono ricomprese nell'ambito operativo della causa di non punibilità.

Per quanto riguarda i dubbi di legittimità costituzionale manifestati nella prima pronuncia, invece, nella sentenza Cavazza viene fatta solo menzione delle perplessità relative al rispetto dell'art. 3 Cost., mentre non viene preso in considerazione il profilo della violazione dell'art. 32 Cost., in virtù del fatto che la disciplina prevista nella legge Gelli-Bianco, nel "restituire al medico una serenità operativa così da

prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva"[26], dovrebbe garantire e tutelare il diritto alla salute dei pazienti.

Sennonché, a porre fine alla **querelle interpretativa** sono **interventute le Sezioni Unite** della Corte di Cassazione con la recentissima **sentenza n. 8770 del 22 febbraio 2018**[27].

Per far questo, le Sezioni Unite affrontano preliminarmente la questione relativa all'interpretazione dell'art. 6 l. 24/2017, in cui viene appunto richiamato l'art. 590-sexies c.p..

Orbene, la Suprema Corte di Cassazione, pur ritenendo condivisibili alcuni passaggi presenti nelle due pronunce innanzi riportate, evidenziano come le medesime difettino di una sintesi interpretativa complessiva, come tale idonea a ricostruire l'effettiva portata del summenzionato art. 6.

Siffatta sintesi interpretativa deve prendere le mosse dall'art. 12, co. 1, delle preleggi, ove è stabilito che "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

Dalla lettura della norma si comprende come sia vietato all'interprete di andare contro il significato delle parole utilizzate, con modalità che si accosterebbero all'analogia, non consentita in campo penale. Tuttavia, è consentito allo stesso di andare oltre la letteralità del testo, qualora vengano rispettati i parametri indicati dall'art. 12, soprattutto nei casi in cui l'opzione ermeneutica seguita sia "l'unica e perciò compatibile col principio di prevedibilità del comando", nonché "frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato"[28].

L'interpretazione costituzionalmente orientata non può, quindi, prescindere da una valutazione in merito alla rispondenza della condotta del medico ai canoni dettati dalle linee-guida adeguate, laddove esistenti.

Ebbene, secondo le Sezioni Unite, tale ricerca va condotta attraverso un giudizio ex ante, che tenga conto della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili all'atto del suo intervento. Siffatto giudizio non deve essere confuso con l'indagine circa le modalità e gli effetti di attuazione delle linee-guida al caso specifico, che necessita, invece, di un'operazione ex post.

Quanto ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati nella sentenza De Luca-Tarabori, viene resa placida la scelta operata dal legislatore del 2017 di prevedere un'inedita causa di non punibilità, finalizzata a porre un freno alla medicina difensiva e, di conseguenza a salvaguardare il diritto alla salute.

In questo modo, l'introduzione dell'art. 590-sexies c.p. consente di creare un campo di non punibilità che restituisca all'esercente la professione sanitaria quella serenità circa l'affidamento alla propria autonomia professionale e che, dunque, agevoli il perseguimento di una tutela concreta dell'art. 32 Cost..

Fatte queste premesse di carattere generale, la pronuncia in esame perviene alla risoluzione della

questione relativa all'ambito di operatività della nuova norma.

Ebbene, se emerge chiaramente, dalla lettura del precetto penale, l'esclusione della non punibilità riguardo alla fase di selezione delle linee-guida, i problemi sorgono in merito alla fase di attuazione delle stesse.

Sicché, passando in rassegna i presupposti in presenza dei quali la **condotta del medico**, caratterizzata da **errore colpevole per imperizia, non è punibile**, in quanto rientrante nel campo delle linee-guida, in forza di uno scostamento "marginale e di minima entità" dalle stesse[29].

Il medico deve, dunque, essere: 1) accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli; 2) preparato sulle *leges artis*; 3) impeccabile nelle diagnosi; 4) aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche, ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate; 5) capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino[30].

A tal riguardo, le Sezioni Unite ritornano sulla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, non menzionata espressamente nella Legge Gelli-Bianco.

Difatti, nella pronuncia in esame emerge come il concetto di colpa lieve si deduca dalla formulazione della nuova norma incriminatrice, giacché la punibilità è esclusa quando il rispetto da parte del medico delle raccomandazioni accreditate non abbia comunque impedito la commissione dell'errore colpevole non grave.

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale considerazione sono molteplici.

Innanzitutto, il riferimento all'art. 2236 c.c., che, pur non potendo trovare diretta applicazione in ambito penalistico, assurge parimenti a principio di razionalità, nonché a regola di esperienza "cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza"[31].

Poi, il richiamo a quell'orientamento giurisprudenziale[32], che aveva portato all'affermazione del principio per il quale la condotta dell'esercente la professione sanitaria avrebbe dovuto tener conto della difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto e del contesto in cui esso si è svolto.

Pertanto, seguendo il ragionamento di tale orientamento, qualora non si fosse presentata una situazione di emergenza, che avesse richiesto la risoluzione di problemi di particolare difficoltà, non sarebbe stato chiamato in causa l'art. 2236 c.c. e, di conseguenza, il binomio colpa lieve/colpa grave. In siffatta evenienza, come in quelle connotate da negligenza o imprudenza, il medico doveva ritenersi responsabile a titolo di colpa, essendo chiaro che lo stesso avrebbe dovuto attenersi a parametri di massima cautela.

Secondo le Sezioni Unite, **per distinguere la colpa lieve da quella grave** è necessario, altresì, fare riferimento ad ulteriori circostanze, quali: 1) le specifiche condizioni dell'agente e il suo grado di specializzazione; 2) la problematicità o equivocità della vicenda; 3) la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; 4) la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; 5) il grado di atipicità e novità della situazione; 6) la impellenza; 7) la motivazione della condotta; 8) la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa[33].

Ulteriore argomentazione meritevole di pregio è quella riguardante la discrezionalità del giudice, che risulta alquanto ridimensionata, per effetto del procedimento pubblicistico per la formalizzazione delle linee-guida rilevanti.

E, ancora, il convincimento che la nozione di colpa lieve sia sottesa all'interno della novella legislativa è rafforzato dalla considerazione per la quale, laddove il legislatore avesse voluto estendere il campo di non punibilità ai casi di colpa grave per imperizia, si sarebbe senz'altro esposto ad evidenti sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento, come tale ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi, ma rimaste comunque punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza. Ma vi è di più.

Si sarebbe assistito ad uno sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi, nonché a rilevanti quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile al medico ex art. 7 l. 24/2017.

Inoltre, le Sezioni Unite mettono in evidenza quelli che sono stati i lavori parlamentari, in particolar modo le discussioni della Commissione giustizia del Senato del 7, 8 e 21 giugno 2016, dai quali emerge l'intenzione di voler mantenere una linea di coerenza e continuità tra i principi della novella legislativa e quelli racchiusi nel decreto Balduzzi.

Cosicché, al fine di dare una risposta alla questione sottoposta alla Suprema Corte di Cassazione, sono stati dettati i seguenti principi di diritto:

"L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico"[34].

A tal punto della trattazione è possibile chiarire il profilo riguardante l'**individuazione della legge più**

favorevole.

Così, la disciplina contenuta nell'**art. 3 Legge 189/2012** è **più favorevole rispetto a quella dettata dall'art. 590-sexies c.p.**, per i comportamenti del sanitario commessi prima dell'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, connotati da colpa lieve per negligenza o imprudenza. Difatti, solo il decreto Balduzzi prevedeva l'esclusione della responsabilità in questi casi, qualora fossero state rispettate le linee-guida o le buone pratiche accreditate.

Per quel che concerne, invece, il campo della colpa lieve per imperizia, occorre distinguere l'ipotesi in cui l'errore attenga alla fase selettiva delle linee-guida, ovvero valutativa dell'inerenza delle stesse alle specificità del caso, da quella in cui l'errore ricada sulla fase attuativa.

Ebbene, qualora ricorra il primo caso, risulterà più favorevole l'art. 3 del decreto Balduzzi, dal momento che la legge Gelli-Bianco non ne esclude la punibilità; mentre nel secondo caso, anche l'art. 590-sexies c.p. prevede, in linea con quanto statuito dall'abrogato art. 3, l'esenzione da responsabilità per l'esercente la professione sanitaria[35].

Infine, con riferimento alle statuizioni civili, l'art. 7, co. 3[36], l. 24/2017 conferma quanto dettato dall'art. 3, co. 1, l. 189/2012, prevedendo un coordinamento con l'accertamento del giudice penale, nella cornice dell'art. 2043 c.c..

Considerazioni conclusive

A termine del presente lavoro, per cogliere lo spirito e il significato intrinseco di quanto esposto, occorre svolgere alcune brevi considerazioni.

Si intende, invero, rimarcare l'importanza della pronuncia delle Sezioni Unite, che ha il pregio di aver fatto chiarezza sull'ampio e delicato scenario della colpa connotata da imperizia, nonché di aver ridefinito l'ambito applicativo dei summenzionati interventi legislativi in materia di responsabilità medica, nel rispetto dell'art. 2, co. 4, c.p..

Emerge, tuttavia, come la nuova fattispecie colposa non sia riuscita pienamente a rispondere alle esigenze di tutela dei medici, o meglio, ad evitare il fenomeno sempre più diffuso della c.d. "**medicina difensiva**", dato che la disciplina previgente continua ad essere reputata la più favorevole. Tali criticità si riversano inevitabilmente su tutte quelle condotte poste in essere sotto la vigenza della legge Gelli-Bianco.

Pertanto, si ritiene che la **Legge del 2017 non costituisca un approdo definitivo**, in quanto lascia irrisolti taluni profili, che necessitano di un ulteriore intervento legislativo.

Volume consigliato

[1] In tal senso, si veda: Del Corso, Successione di leggi penali, in Digesto dir. pen., vol. XIV, Torino, 1999, pag. 98; Musco, La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale, Milano, 2000, pagg. 47 e ss.; Padovani, Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° co., c.p., in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1982, pag. 1356.

[2] L'art. 25 Cost. prevede che "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

[3] L'art. 11, co. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile recita: "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

[4] L'art. 49 Carta di Nizza statuisce che "1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

[5] L'art. 7 CEDU recita: "1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generale di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

[6] Il comma 1 dell'art. 2 c.p. prevede che "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato".

[7] Il comma 2 dell'art. 2 c.p. stabilisce che "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

[8] Il comma 4 dell'art. 2 c.p. recita: "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono

diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”.

[9] Così, Garofoli, Manuale di diritto penale. Parte generale, Nel Diritto, XIII ed. 2016/2017, pag. 214.

[10] Ibidem, pag. 220. In tal senso, si veda: Palazzo, voce Legge penale, in Digesto dir. pen., VII, Torino, 1993, pag. 367.

[11] Per maggiori approfondimenti sul tema, si veda: Marinucci-Dolcini, Corso di diritto penale, Giuffrè, 1999, pag. 280; Padovani, Tipicità e successione di leggi penali, cit., pag. 1361.

[12] Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Magera, in Cassazione Penale, 2008, pag. 898, con nota di Gambardella, Nuovi cittadini dell’Unione europea e “abolitio criminis” parziale dei reati in materia di immigrazione.

[13] La tesi che si fonda sul criterio strutturale è stata condivisa, altresì, da: Cass., Sez. Un., 15 maggio 2008, n.19601, Niccoli, in www.neldiritto.it. In senso contrario, si veda: Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, C.E.D. Cass., nn. 243585-87.

[14] A tal riguardo, si rinvia al punto 3 della motivazione delle Sez. Un. Magera, ove è riportato quanto segue: “ (...) L’indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall’imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato.

[15] Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Magera, cit., punto 5 della motivazione.

[16] Decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, coordinato con la legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, recante: “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”, in www.gazzettaufficiale.it.

[17] Legge 8 marzo 2017, n. 24, recante: “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, in www.gazzettaufficiale.it.

[18] Il comma 1 dell’art. 3 del decreto Balduzzi recita: “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. 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”.

[19] Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2014, n. 11804, in www.penalecontemporaneo.it.

[20] Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in www.penalecontemporaneo.it.

[21] Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2168, in www.quotidianosanita.it.

[22] L'art. 590-sexies c.p., rubricato “Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario” recita: “Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

[23] Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187, in www.giurisprudenzapenale.com.

[24] Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187, cit., punto 7.3 della motivazione.

[25] Cass. pen., Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza, in www.penalecontemporaneo.it.

[26] Requisitoria del Sost. PG Fulvio Baldi all'udienza pubblica del 21 dicembre 2017 dinanzi alle Sezioni Unite, in www.giurisprudenzapenale.com, § 2.

[27] Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, in www.giurisprudenzapenale.com.

[28] Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit., punto 5 della motivazione.

[29] Cfr., Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit., punto 9.1 della motivazione.

[30] Ibidem.

[31] Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit., punto 10.1 della motivazione.

[32] Ex multis: Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2011, n. 4391, Di Leila, in Rv. 251941; Cass. pen., Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, in Rv. 251960; Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592 Buggè, in Rv. 237875.

[33] In tal senso: Cass. pen., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Piccardo, in Rv. 263736; Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, in Rv. 260740.

[34] Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit., punto 11 della motivazione.

[35] Cfr., Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit., punto 12 della motivazione.

[36] Il comma 3 dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco, rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria", recita: "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge".

<https://www.diritto.it/successione-mediata-norme-penali-risvolti-applicativi-materia-responsabilita-medica/>