

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 05/06/2017**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/39395-spunti-di-riflessione-sulla-legge-gelli-bianco>**

**Autore: Riccardo Dainelli**

## **Spunti di riflessione sulla Legge Gelli Bianco**

Spunti di riflessione sulla Legge 8 Marzo 2017 n. 24: “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 17.03.2017, entrata in vigore il 01.04.2017.

La nuova responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria di cui all’art. 590-sexies c.p. Le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone prassi clinico assistenziali come criterio (obiettivo?) di imputazione della responsabilità penale dell’evento. Scomparsa della colpa generica (e del giudizio di lievità o gravità della condotta imperita del sanitario) oppure sopravvivenza dei tradizionali criteri tramite il giudizio di *adeguatezza* della condotta? Nulla di nuovo (ma nuovi dubbi e problematiche interpretative ed applicative), sotto il sole della “*riforma*”.

a cura dell’Avv. Riccard’ Dainelli

1) INTRODUZIONE: L’IMPOSTAZIONE DELLA “RIFORMA” E GLI OBIETTIVI DELL’INTERVENTO LEGISLATIVO. IL NUOVO MODELLO DI RESPONSABILITÀ PENALE DEL SANITARIO. POCHE CERTEZZE E MOLTI NUOVI DUBBI (ANCHE DI DIRITTO INTERTEMPORALE) APPLICATIVI ED INTERPRETATIVI.

La Legge 8 marz` 2017 n. 24 c`ntenente: “Disp` sizi` ni in materia di sicurezza delle cure e della pers` na assistita, n` nché in materia di resp` nsabilità pr` fessi` nale degli esercenti le pr` fessi` ni sanitarie”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 17.03.2017, è entrata in vig` re il 01.04.2017.

La rif` rma (che n` n è il classic` pesce d`aprile) si pr` p` neva – e pr` p` ne – di rif` rmare il camp` della resp` nsabilità pr` fessi` nale dell’esercente le pr` fessi` ni sanitarie, creand` criteri interpretativi ed applicativi certi ed univ` ci che – nell’intenzi` ne del Legislat` re – d` vrebber` pr` durre l` sc` p` di garantire la maggi` re tutela del bene della salute (art. 32 C` st.), pr` tett` nella sua rilevanza individuale e c` llettiva dalla n` stra Carta f` ndamentale.

La *ratio legis* è, dunque, quella di intervenire nell’attività dell’esercente la pr` fessi` ne sanitaria, reg` lamentand` ne l` sv` lgiment` attraverso n` rme c` mp` rtamentali specifiche (le racc` mandazi` ni previste dalle linee guida) pubblicate “ai sensi di legge” ed elab` rate da enti e istituzi` ni pubbliche e private n` nché dalle s` cietà scientifiche e dalle ass` ciazì ni tecnic` -scientifiche delle pr` fessi` ni sanitarie, iscritte in un app` sit` elenc` istitut` e reg` lamentat` c` n decret` del Minister` della Salute, del quale viene imp` sta l’emanazi` ne entr` 90 gi` rni dalla entrata in vig` re della legge.

L'obiettivo – apprezzabile, anche se per giudicare se verrà concretamente raggiunto – men' acc'arre attendere che il nuovo sistema venga concretamente “*messo alla prova*” – è quello di uniformare le prassi e linee comportamentali che caratterizzano la professione sanitaria in un determinato ambito e settore, mediante la validazione dei criteri e delle regole da parte dello Stato che, imponendo requisiti minimi di rappresentanza, serietà e adeguatezza tecnica degli enti pubblici e privati nonché delle società ed associazioni tecniche scientifiche che operano nel settore (e verificando costantemente se gli *standards* richiesti vengono mantenuti) ai fini dell'iscrizione nell'elenco, diventa, così, *garante* della qualità dell'assistenza medica e della effettività della tutela del bene salute dei cittadini che usufruiscono di prestazioni sanitarie.

Creando, sostanzialmente, una *banca data* di raccomandazioni previste da linee guida validate, a livello nazionale, nell'esercizio della professione sanitaria (integrata nel nuovo Sistema nazionale per le Linee Guida – SNLG – e costantemente aggiornata ai sensi dell'art. 5, comma 3, della Legge n° 24/2017), il Legislatore ha inteso *positivizzare* le regole cautelari specifiche destinate ad operare nell'esercizio delle professioni sanitarie, in modo da assicurare certezza applicativa al momento della esecuzione della prestazione del compimento dell'attività tipica del professionista (a tutela della salute del paziente) ed, anche, da garantire, di riflesso, un maggiore (ed obiettivo?) rigore nell'accertamento della responsabilità penale del sanitario.

Maggiore tutela per il cittadino, dunque, che è il destinatario delle prestazioni sanitarie, ed il cui fondamentale – ed indispensabile – bene della salute deve essere adeguatamente tutelato da condotte imperite del medico, che si discostino (in modo lieve o più evidente e grave) dagli *standards* ordinariamente richiesti dalla professione sanitaria.

Maggiore tutela per il sanitario, che è chiamato ad espletare la propria prestazione un'attività tipica della propria professione ad alte contenuto tecnico/scientifico e che deve poter disporre di criteri e linee guida uniformi per poter garantire la corretta esecuzione della prestazione (evitando i rischi della verificazione di eventi dannosi ed infausti cagionati da una *babilonia* di regole, criteri e linee guida comportamentali spesso contrastanti e contraddittori tra di sé, che impediscono al professionista che esercita la professione sanitaria di vedere la luce ed operare la corretta scelta tecnica, a tutela della salute del paziente).

Maggiore certezza per gli operatori del diritto che, a vari titoli e nella diversità dei ruoli, sono chiamati ad accertare e stabilire le eventuali responsabilità dell'esercente la professione sanitaria in caso di esito

infaust` per il paziente (essend` del tutt` evidente che se il corpus delle regole è unico o comunque condiviso, si evita al giudice – ed anche alle parti processuali – lo sforzo ricostruttivo ed ermeneutico di individuare quali siano le regole e linee guida, riconosciute e validate dalla comunità scientifica, in un determinato settore ed ambito, di comporre e dirimere le eventuali antinomie e diacrasie tra di esse, etc..., lasciando spazio alla dialettica processuale e al contraddittorio tra le parti sui temi di prova del processo, consentendo un accertamento maggiormente rigoroso, obiettivo e certo della responsabilità penale del sanitario, al di là di quel ragionevole dubbio che l'art. 533 c.p.p. impone come canone decisorio che deve essere necessariamente superato per poter affermare la penale responsabilità dell'imputato e che costituisce un indubbio principio, e un sicuro approdo, di civiltà giuridica e una garanzia di equità del nostro modello processuale penale ponendolo al riparo da pericolosi arretramenti sul terreno delle garanzie, che aprirebbero le porte a metodi sommari di accertamento, figli di presunzioni anticostituzionali di colpevolezza).

Tutti c`ntenti all`ra?

E' decisamente tr`pp` prest` per il liet` fine.

Senza v`ler essere tr`pp` pessimisti ( `realisti, a sec`nda dei punti di vista), il prim` – immediat` – pr`blema, *tipicamente italico*, è quell` della pubblicazi`ne delle linee guida e del rispetto del termine di 90 giorni per la emanazione del decreto del Ministero della Salute, che prevede la creazi`ne e la reg`lamentazi`ne degli enti e istituzi`ni n`nché delle s`cietà ed ass`ciazi`ni tecnic`-scientifiche accreditate ad elab`rare le linee guida, destinate ad `perare.

Infatti, p`iché le linee guida da applicare n`n s`n` valide di per sé, ma – verrebbe da dire – tragg`n` la l`r` legittimazi`ne nel ric`n`sciment` Statale (c`n l`inseriment` delle ass`ciazi`ni e s`cietà tecnic`-scientifiche che elab`ran` tali reg`le c`mp`rtamentali e racc`mandazi`ni nell'elenc`), esse s`n` lettera m`rta senza la creazi`ne dell'elenc` e il su`c`ntinu`, e c`stante, aggi`rment`.

Ins`mma, senza il decret` ministeriale, le linee guida n`n p`trebber` nascere e, se esistenti (e n`n aggi`rnate), m`rirebbero`.

Il Legislat`re, c`nsapev`le dell'esistenza del pr`blema (rappresentat` da se stess`, del quale dubita f`rtemente, avend`ne peraltr` seri`m`tiv`...), ha previst` infatti che, in mancaza delle raccomandazioni, gli esercenti le pr`fessi`ni sanitarie debban` attenersi alle *buone pratiche clinico-assistenziali*.

Le *buone prassi* serv`n`, dunque, da un lat`, ad evitare un eccessiv` appiattiment` nell` sv`lgiment` dell`attivita` degli esercenti le pr`fessi`ni sanitarie che la faccia scadere a prestazi`ne standardizzata e r`utinaria a discapit` della qualita` e del pregi` dell`opera e della salute del paziente (l`unif`rmita` generalista) e, dall`altr`, `peran` c`me claus`la di salvaguardia e c`me criteri`/met`di di accertament` sussidiari` nella gerarchia delle f`nti del diritt` delle pr`fessi`ni sanitarie.

I pr`blemi applicativi, ed interpretativi, dell`intervent` rif`rmat`re s`n` evidenti e gi` *in pectore*.

Se le racc`mandazi`ni previste dalle linee guida s`n` infatti met`di di accertament` `biettivi della resp`nsabilita`, `cc`rrera`, c`munque, verificare quali, tra di esse, sarann` pubblicate ( `men` ), le antin`mie esistenti tra di esse e le m`dalita` da ad`ttare per la l`r` eventuale ris`luzi`ne.

In mancanza di racc`mandazi`ni, sarann` p`i destinate ad `perare le bu`ne prassi clinic`-assistenziali (c`me n`rme, s`stanzialmente, di chiusura del sistema), che lungi dall`essere met`di `biettivi ed `ggettivi di accertament` e reg`le universalmente ric`n`sciute dalla c`munita` scientifica, s`n` state create dalle prassi medica ed assistenziale qu`tidiana ed `rdinate su una scala di val`ri del tutt` s`ggettiva, in termini di risultat`, che lascian` ampi` margine ad apprezzamenti e valutazi`ni di natura discrezi`nale nel giudizi` che d`vr` essere c`mpiut` (c`n pr`gn`si p`stuma, ma c`n valutazi`ne ex ante) sulla c`nd`tta del sanitari`.

Un quadr` destinat` a c`mplicarsi ulteri`rmente – semmai ce ne f`sse bis`gn` - c`n la sc`mparsa della c`lpa grave, quale causa di esclusi`ne della resp`nsabilita` penale del sanitari` (che c`mp`rtava, invece, sec`nd` la n`rmativa ante rif`rma, la depenalizzazi`ne delle c`nd`tte c`lp`se degli esercenti le pr`fessi`ni sanitarie che si disc`stavann` s`ltant` di p`c` dagli *standards* qualitativi e tecnici `rdinariamente richiesti ed imp`sti al sanitari`), e c`n la intr`duzi`ne di un giudizi` sull``perat` c`mplessiv` della c`nd`tta del medic` che deve essere c`munque “adeguata” alle specificita` del cas` c`ncret`, che rip`rta in vita – resuscitand` la – la *colpa generica*, che sembrava seppellita da questa rif`rma.

Tutte queste criticita` si intreccian`, a d`ppi` fil`, nel tessut` del nu`v` art. 590 *sexies* c.p., suscitand` nu`vi dubbi e perplessita` (interpretative ed applicative) nell`interprete, chiamat` anche a sci`gliere – `ltre a questi n`di, che c`mplicann` dannatamente il pr`cess` di accertament` della resp`nsabilita` penale, gi` di per se` estremamente difficile, in ambit` medic` – anche pr`blemi di diritt` intertemp`rale di c`esistenza (e successi`ne di n`rme) tra il previgente art. 590-ter ed il nu`v` *di zecca* art. 590-*sexies* c.p., intr`d`tt` dalla rif`rma.

Si tratta di problemi di non facile soluzione, che non sono destinati a trovare una risposta univoca e certa (altrimenti, nel mondo del diritto), ma sui quali occorre necessariamente confrontarsi.

Non tanto per riportare l'ordine nel caos (missione impossibile), quanto – piuttosto – per cercare di non perdersi nel Labirinto ed essere mangiati dal Minotauro, da parte di chi (come l'interprete) può contare soltanto sull'esile filo dell'intervento riformatore, aggregativo e disarmato, e cerca di dipanarlo faticosamente al tenue chiarore di una esile fiammella.

Il tempo sta per scadere – è in arrivo la Bestia – ed occorre pertanto iniziare l'opera.

Sia dato iniziarsi, dunque, all'analisi dell'art. 590-sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della Legge 8 marzo 2017 n. 24, nella speranza (se non di penetrare i segreti disegni dell'intervento riformatore in materia di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria) di riuscire a comprendere la portata applicativa e di dipanare l'oscurità ed ambiguità interpretative, analizzando l'impatto sul quotidiano futuro espletamento della professione (scienza o tecnica?) sanitaria e sui meccanismi di accertamento della penale responsabilità in tale ambito.

2) **IL NUOVO ART. 590 SEXIES. LE RACCOMANDAZIONI PREVISTE DALLE LINEE GUIDA E LE BUONE PRASSI CLINICO-ASSISTENZIALI E L'ACCERTAMENTO DELLA IMPERIZIA CRIMINALE DEL SANITARIO. CRITERIO OBIETTIVO (O SUBIETTIVO) DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER L'EVENTO DANNOSO ? SCOMPARSA DELLA COLPA GENERICA (E DELLA SUA GRADUAZIONE) AI FINI DELLA IMPUTAZIONE O SOPRAVVIVENZA DELLE REGOLE CAUTELARI INNOMINATE TRAMITE IL GIUDIZIO DI ADEGUATEZZA ? LE NUOVE FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL SANITARIO TRA RIVOLUZIONE (APPARENTE) E REALTÀ EFFETTIVA.**

L'art. 590-sexies c.p. (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*), è stato inserito dall'art. 6 della L. 24/2017 nel nuovo codice penale e sostituisce integralmente il testo – con modifiche evidenti e notevoli, delle quali parleremo *infra* – del vecchio art. 590-ter.

La sua collocazione sistematica (ed il suo inserimento) nel codice penale testimonia la volontà del Legislatore di differenziare l'intervento penale e la risposta sanzionatoria nell'ambito delle professioni

sanitarie, che passa attraverso la creazione di una fattispecie penale speciale rispetto a quelle (classiche, verrebbe da dire) degli artt. 589 e 590 c.p.

Insomma, anche se l'evento dannoso rimane identico (rispetto alle fattispecie 'c'omuni' di cui agli artt. 589 e 590 c.p.), il Legislatore ha sentito di dover concepire una particolare – e speciale – fattispecie differenziando anche gli elementi costitutivi e la pena edittale della nuova previsione quando la lesione del bene protetto si verifica nell'esercizio della professione sanitaria.

L'art. 590-*sexies* è senz'altro, dunque, una norma speciale (rispetto a quelle generali, richiamate nel c'omma 1 *quoad poenam*) e così è stata creata e concepita dalla riforma, al pari dell'omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p.), delle lesioni colpose stradali (art. 590-*bis* c.p.); il suo inserimento ad opera della riforma in commento nel codice penale immediatamente dopo tali previsioni, a scanso di equivoci e di qualsiasi dubbi.

La nuova previsione normativa presenta una struttura peculiare, complessa e francamente assai singolare (se non irrazionale).

Il primo comma è sostanzialmente inutile, in quanto opera soltanto un richiamo ai fatti e alle pene di cui agli artt. 589 e 590 c.p., facendo salva la disposizione del secondo comma (e ci mancherebbe altro che si applicassero all'esercente la professione sanitaria le pene previste per l'omicidio colposo e le lesioni colpose quando ne viene esclusa la punibilità...).

La disposizione iniziale, pertanto, è una scatola vuota (una scatola cinese, se si preferisce) che non contiene nulla al suo interno, richiamando precetti e sanzioni previste da altre norme incriminatrici.

Essa è l'ennesima dimostrazione della scarsa tecnica del Legislatore "riformatore", che poteva sostanzialmente risparmiarsela, e non vale la pena di analizzarla (anche perché non c'è nulla da ricavarne, al di là della considerazione espressa sopra).

Il cuore dell'art. 590-*sexies* c.p. è rappresentato, dunque, dal secondo comma.

Tale comma scatta l'evidente difetto di formulazione legislativa del comma precedente.

Insomma subisce gli effetti di una falsa partenza stilistica e contenutistica.

Infatti, contrariamente a quanto ci si potrebbe (legittimamente) attendere, il comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p. non contiene precetti e sanzioni; non descrive la condotta tipica e le pene previste per la violazione.

Il richiamo *quoad factum* e *quoad poenam* agli artt. 589 e 590 c.p. c'ndizi'na, dunque, la f'rmulazi'ne del sec'nd' c'mma del ne'nat' art. 590-sexies c.p., che (vist' il richiam' gi' effettuat' dal c'mma precedente agli elementi c'stitutivi e alle pene previste dalle fattispecie 'c'muni') dell' micidi' c'lp's' e delle lesi'ni pers'nali c'lp'se, ha un c'ntenut' prettamente negativ'.

Ci' è escludente la penale resp'nsabilità.

In altre par'le, n'n p'tend' il sec'nd' c'mma del 590-sexies c.p. dirci gli elementi c'stitutivi del fatt' e le pene (perché s'n' richiamate integralmente dal prim' c'mma, che fa espress' e dirett' riferiment' agli artt. 589 e 590 c.p.), si limita ad affermare quand' la c'nd'tta tipica n'n determina l'irr'gazi'ne di una pena.

Il sec'nd' c'mma, pertant', sembra descrivere una *scriminante* e una *causa di esclusione di punibilità* di una c'nd'tta (altrimenti, viene da aggiungere) c'rrisp'ndente, in tutt' e per tutt', in astratt' alla *littera legis*.

Una c'nd'tta che va esente da pena se ric'rr'n' le c'ndizi'ni indicate, appunt', dal sec'nd' c'mma dell'art. 590-sexies c.p.

Tralasciand' per un attim' la evidente carenza tecnica della f'rmulazi'ne legislativa dell'artic'l' ed i pr'blemi, tutt'altr' che te'rici, che p'trebbe p'rre (ad esempi' **se la previsione di cui al secondo comma dell'art. 590-sexies fosse una causa di non punibilità, si pone il problema di che cosa succederebbe se i presupposti richiesti per l'esclusione della punibilità non sono positivamente accertati, in tutto e per tutto, nel giudizio e se, invero, per esempio, vi fosse dubbio sull'esistenza di tali requisiti e, soprattutto, come dovrebbe provvedere il giudice in un caso del genere: assolvere ex art. 530 III° co. cpp ritenendo questa una causa personale di non punibilità?** Tale d'vrebbe essere la l'gica c'nclusi'ne desumibile dalla f'rmulazi'ne della n'rma incriminatrice, a m'dest' avvis' dell' scrivente, perché n'n è dat' c'ncepire un esit' divers' e sarebbe 'ltrem'd' irrazi'nale – e c'ntradditt'ria rispett' alla *littera legis* – una diversa pr'nuncia ed esit' del giudizi'), 'cc'rre passare, adess', ad analizzare il c'ntenut' della previsi'ne in c'mment'.

Il sec'nd' c'mma dell'art. 590-sexies c.p. (ma si p'trebbe dire l'inter' artic'l', perché, c'me dett' s'pra, il c'mma 1 c'nta p'c' ` nulla) prevede che: ***“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”.*

I passi della norma sottolineati in neretto (il corsivo è dell'autore) corrispondono ai principali filoni critici presentati dalla norma, che qui di seguito vengono analizzati.

Primo punto: qual è la condotta del sanitario che determina l'applicazione della pena in caso di verificazione dell'eventuale danno a carico del paziente?

La norma, sotto quest'aspetto, è chiara; però per la verità è *tautologica*.

C'è penale responsabilità per imperizia quando non sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida definite pubblicate ai sensi di legge, in mancanza, delle buone prassi clinico-assistenziali.

In altre parole: c'è imperizia quando c'è imperizia.

L'apporto non è senz'altro rivelatori, anzi si può dire che – se questo fosse il solo ed unico risultato dell'intervento riformatore – si sarebbe scottata l'acqua calda.

Insomma, si è affermato una cosa ovvia, del tutto lapalissiana.

L'imperizia (intesa nel suo significato di mancato rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate *ex lege*, in mancanza, delle buone prassi clinico-assistenziali) ha, dunque, assorbito le altre tradizionali categorie della colpa, la *negligenza* e l'*imprudenza*.

Queste ultime hanno perso la loro autonomia concettuale per essere inglobate nel *monstrum* imperizia.

In altre parole, l'imperizia sussiste ugualmente se si è negligenti nell'applicazione delle raccomandazioni (ad esempio, se si dimostra trascuratezza nel seguirle o se si fa parzialmente, oppure si interviene in ritardo), oppure se si è imprudenti (si seguono le raccomandazioni ma prendendole in essere, nell'espletamento della prestazione, senza le necessarie cautele ed accorgimenti).

Tuttavia, dunque, è imperizia (un po' come si direbbe Signorino, un po' e trino).

Non rileva, pertanto, più, ai fini dell'affermazione della penale responsabilità in ambito sanitario, il grado della condotta colposa del medico (che può consistere, indifferentemente, in un lieve scostamento dalle normali regole di condotta da parte dello stesso, quanto in una violazione più marcata ed accentuata dei propri doveri, **essendo stato eliminato ogni riferimento alla distinzione tradizionale tra colpa grave – che determinava la penale responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie – e colpa lieve – che invece era priva di rilevanza penale**).

Imp`rta s`l` se n`n si è `sservat` le racc`mandazi`ni previste dalle linee guida previste e pubblicate ` , in assenza di queste, le bu`ne prassi cliniche.

Niente altr` .

Viene da chiedersi, a quest` punt` , all`ra, se l`imputazi`ne dell`event` avvenga s`ltant` per il mancat` rispett` da parte del sanitari` di tali reg`le cautelari specifiche (ci` è le racc`mandazi`ni previste da linee guida ` , in alternativa, le bu`ne prassi), `ppure anche quand` n`n si `sservan` n`rme c`mp`rtamentali e cautele *innominate*.

Ins`mma, che fine ha fatt` la c`lpa generica?

La c`nd`tta c`lp`sa generica ha pers` rilevanza penale (perché, se il c`mp`rtament` del sanitari` n`n si traduce in vi`lazi`ne delle linee guida e delle bu`ne prassi specificamente stabilite e pubblicate, l`event` n`n si verifica per imperizia e n`n può essere p`st` altrimenti a caric` dell`agente), `ppure, invece, c`ntinua anc`ra a s`pravvivere c`me claus`la di salvaguardia del sistema a tutela della salute del paziente?

Ci`è: la c`lpa generica è anc`ra criteri` di imputazi`ne s`ggettiva dell`event` , anche se n`n si è vi`lat` le racc`mandazi`ni e le bu`ne prassi, perché, c`munque, l`imperizia deve essere valutata in relazi`ne al c`mp`rtament` c`mplessiv` del sanitari` di cui deve essere sempre giudicata l`id`neità s`tt` `gni altr` pr`fil` , anc`rchè n`n espressamente e specificamente previst` (n`n essend` , in s`stanza, ammissibili vu`ti di tutela quand` n`n è in gi`c` il bene vita ` , c`munque, la salute, intesa in sens` lat` , del paziente, che ha una dimensi`ne n`n s`l` individuale ma anche c`llettiva, che g`de di ampia c`pertura e tutela c`stituzi`nale), `ppure n` ?

La risp`sta che si ricava dalla n`rma in c`mment` è che anche la trasgressi`ne da parte del sanitari` di reg`le di c`nd`tta inn`minate (e ci` è n`n previste dalle racc`mandazi`ni ` dalle bu`ne prassi), ci` è la c.d. c`lpa generica, c`ntinua ad avere rilevanza penale.

E ci` è in quant` la n`rma richiede c`munque, per l`esclusi`ne della punibilità, che le racc`mandazi`ni previste dalle linee guida sian` “adeguate alle specificità del cas` c`ncret`”.

Ciò sembra v`ler dire – traducend` dal bur`cratese del legislat`re all`italian` – che n`n dev`n` essere le racc`mandazi`ni ad essere p`ste in relazi`ne al cas` c`ncret` .

Quant` , piutt`st` , che la c`nd`tta del sanitari` debba essere valutata nel su` c`mpless` .

S`l` c`si si può stabilire se è stata ( `men` ) adeguata al cas` c`ncret` .

Tale valutazione implica e presuppone, necessariamente, la sopravvivenza della colpa generica, in quanto si deve però andare a verificare in concreto se (al di là del formale rispetto delle raccomandazioni delle buone prassi da parte del sanitario) la condotta complessivamente tenuta sia stata *adeguata* al contrario si sia tradotta nella violazione di regole di cautela, di prudenza e di diligenza non specificamente e tassativamente previste ma il cui rispetto sia imposto dalla basilare e comune pratica dell'arte e scienza delle professioni sanitarie per espletamento dell'attività tipica da parte del medico, avuto riguardo al caso concreto nelle sue sfaccettature e peculiarità.

Se il comportamento non è stato adeguato (come prescritto dalla norma) per violazioni di cautele (evidentemente) aspecifiche l'imputazione dell'evento continua, pertanto, ad avvenire ugualmente.

E siccome non può avvenire a titolo di responsabilità oggettiva (la norma penale sarebbe, altrimenti, costituzionalmente illegittima, dovendosi sussistere necessariamente un rapporto psicologico e collegamento subiettivo tra fatto ed autore che ne denoti ed evidenzia la colpevolezza), occorre almeno la colpa, anche generica, veicolata dal giudizio di – generale – adeguatezza della condotta dell'esercente la professione sanitaria previsto dall'art. 590-sexies c.p.

In altre parole, e per concludere sul punto, si è imperiti anche quando non si osservano cautele e regole non specificamente previste ma ordinariamente necessarie (ed imposte), per il corretto e normale svolgimento delle professioni sanitarie e, in tal caso, risulta comunque giustificata l'irrogazione della pena al medico che continua ad essere responsabile, perciò, per la lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice *de qua*.

Chiarito che è scomparsa la tradizionale distinzione tra colpa lieve e grave (e, che, quindi, non rileva più il grado della condotta colposa del sanitario) e che la colpa c.d. generica continua a costituire validi criteri di imputazione subiettiva della responsabilità penale in ambito sanitario senza che sia stata in alcun modo soppiantata dalla riforma, occorre adesso esaminare quando, concretamente, l'esercente sanitario possa andare in concreto esente da pena.

Insomma che cosa siano – e come siano destinate ad operare, anche nelle interazioni e nei rapporti tra di loro – le raccomandazioni previste dalle linee guida (che devono essere state definite e pubblicate ai sensi di legge; è opportuno ribadire che la preventiva individuazione e la successiva pubblicazione delle specifiche regole cautelari deve, obbligatoriamente, essere espletata per renderle applicabili agli esercenti le professioni

sanitarie come unico mezzo che consente di poter contestare validamente ai sanitari la loro attività) e, in mancanza di queste, le buone prassi clinico-assistenziali.

La fonte primaria del diritto penale delle professioni sanitarie è costituita dalle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge.

Le raccomandazioni previste dalle linee guida rappresentano, nell'intenzione del Legislatore, le regole principali poste alla base del (corretto) esercizio delle professioni sanitarie.

Esse, però, sono destinate ad operare – e possono concretamente trovare applicazione – soltanto se definite e pubblicate “ai sensi di legge”.

In altre parole, le raccomandazioni previste dalle linee guida trovano il loro riconoscimento in sé stesse (come sarebbe lecito attendersi, in quanto sono originate e create da enti pubblici e privati nonché da società scientifiche ed associazioni tecniche-scientifiche delle professioni sanitarie che operano in tale ambito, nascendo dalla ordinaria pratica e dal quotidiano esercizio delle arti e professioni sanitarie), ma nel riconoscimento e validazione dello Stato, che deve definirle e, successivamente, pubblicarle.

Il primo, immediato, limite (come anticipato nella premessa) all'applicazione delle raccomandazioni è la mancata creazione dell'elenco da parte dello Stato.

O meglio la mancata definizione e pubblicazione ex art. 5 Legge 24/17 delle raccomandazioni.

Per superare questa (eventuale) *empasse*, è stato espressamente previsto che trovino applicazione, in mancanza di raccomandazioni, le buone prassi clinico-assistenziali.

Prima di analizzare queste ultime (cercando di capire quale valenza abbiano e come potrebbero, eventualmente, essere destinate ad operare, le buone prassi clinico-assistenziali, analizzando anche le diversità rispetto alle raccomandazioni), occorre analizzare le raccomandazioni previste dalle linee guida come categoria.

Le raccomandazioni previste dalle linee guida sono delle regole cautelari di comportamento; suggeriscono le modalità in cui si debba esercitare la professione sanitaria nel caso concreto e alle quali occorre attenersi nel proprio essere l'atto tipico della professione.

Le raccomandazioni – più che vere e proprie specifiche prescrizioni, dal contenuto concreto e vincolante, hanno natura tassativa e determinata – sono, dunque, una sorta di “istruzioni per l'uso”, che regolano l'esercizio della professione sanitaria e ne determinano le corrette modalità di svolgimento.

La prima caratteristica è che, ad essere definite e pubblicate *ex lege*, sono non tantissime specifiche prescrizioni e regole cautelari contingenti e vincolanti (come normalmente avviene quando viene emanata una legge), quanto piuttosto dei suggerimenti per il corretto modo di procedere in essere l'attività tipica della professione sanitaria.

La legge di "riforma", quindi, impone ai sanitari non di rispettare regole cautelari specifiche e precise, facendole derivare dalla loro violazione l'attribuzione della penale responsabilità a carico del sanitario come l'origine ed inevitabile conseguenza della trasgressione, ma di attenersi a "raccomandazioni" previste da linee guida che sembrano oggettive e rigide, ma che in realtà hanno un contenuto flessibile ed elastico (non certo predeterminato ed immutabile), destinato comunque ad essere sottoposto ad una valutazione di "adeguatezza" alle specificità del caso concreto.

Le raccomandazioni previste dalle linee guida partecipano dunque della contingenza e vincolatività delle norme di condotta soltanto per l'effetto che producono (la definizione e pubblicazione che ne impone il rispetto), ma sono in realtà regole cautelari dal contenuto "aperto" ad una tendenziale valutazione della loro adeguatezza ed idoneità in relazione al caso concreto oggetto di indagine ed accertamento, in sede penale.

Chiarita la natura ibrida delle raccomandazioni (che vorrebbero essere ed aspirare ad essere criteri oggettivi, ma che in realtà sembrano propri criteri di valutazione soggettivi, per la discrezionalità che accompagna la valutazione della loro incidenza e della loro adeguatezza in relazione al caso concreto), occorre chiarire come esse siano destinate ad operare.

Il primo problema, sotto questo profilo, è relativo ai rapporti tra le (in ipotesi varie e diverse) raccomandazioni previste dalle linee guida validate.

Infatti, posto che le raccomandazioni previste dalle linee guida, se definite e pubblicate ai sensi di legge, sono vincolanti per il sanitario ed hanno funzione primaria della responsabilità dell'esercente, che cosa succede se – ad esempio – ne esistono due, e più, in contrasto di loro?

Non esistendo una gerarchia interna (almeno non l'ha prevista il legislatore della "riforma") tra le raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate, potrebbe, infatti, accadere che nel caso concreto vengano in rilievo due diverse raccomandazioni.

Una a contenuto positivo, che impone di effettuare una attività prevista dalla linea guida per il corretto esercizio della attività dell'esercente la professione sanitaria.

Ed un'altra a contenuto negativo (positiva), che, invece, impone di NON porre in essere l'atto "raccomandato" dalla linea guida precedente, perché attenersi determinerebbe e aumenterebbe il rischio del verificarsi dell'evento dannoso a carico del paziente.

In un caso del genere, come si risolve il conflitto tra le due diverse raccomandazioni (dal contenuto positivo, ma che hanno la stessa dignità e valore oltre che efficacia)?

Paradossalmente, sia la condotta tenuta nella prima ipotesi che nella seconda potrebbero non essere ritenute imperite, perché il sanitario si attiene comunque ad una raccomandazione prevista da (una) linea guida definita e pubblicata ai sensi di legge, e, quindi, ragionando per assurdo, non si comprende a quale titolo avverrebbe l'imputazione dell'evento a carico dell'esercente la professione sanitaria.

A titolo di responsabilità oggettiva (altrimenti) no.

A titolo di colpa?

Ma se la condotta, in ogni caso, sarebbe conforme ad una linea guida, come potrebbe essere ritenuta imperita e legittimarsi, così, l'addebito dell'evento a titolo di colpa?

In casi come questi, secondo me – a meno che non avvenga un avviso dello scrivente – il criterio di "adeguatezza" delle linee guida alle specificità del caso concreto.

In altre parole, occorrerebbe – per accertare la penale responsabilità del sanitario – verificare se le raccomandazioni previste dalle linee guida sono adeguate al caso concreto.

Pertanto, nel caso di antinomia tra raccomandazioni definite e pubblicate (dal contenuto positivo), sarebbe necessario valutare la condotta tenuta dal sanitario nel suo complesso e verificare se la raccomandazione prevista dalla linea guida a cui il medico si è attenuto era – o meno – "adeguata" alle specificità del caso concreto; ciò è se il suo impiego era idoneo ad evitare la verificazione dell'evento dannoso e comunque non ha avuto incidenza causale nell'accadimento verificatosi evidentemente per altra causa autonoma ed esclusiva (mentre, magari, sarebbe stata l'adesione all'altra positiva raccomandazione a causare la lesione del bene protetto).

In un caso del genere, nel quale la condotta del sanitario viene ritenuta "adeguata" alle specificità del caso concreto – nel senso che viene riconosciuta la bontà della raccomandazione seguita, eppure, comunque, non viene esclusa l'efficacia causale, costituendone il caso dell'evento ma non causa dello stesso – si esclude, dunque, la punibilità per mancanza del primo filone dell'imperizia.

E' evidente però che l'aver imposte "dall'alto" di seguire delle raccomandazioni previste da linee guida, vincolanti per la loro pubblicazione, senza aver regolato i rapporti interni tra le stesse, è una scelta di politica legislativa destinata a creare difficoltà e problemi interpretativi ed applicativi in una materia, come quella relativa alla responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie, già di per sé molto tecnica e complessa.

Il *thema probandum* principale nel giudizio penale a carico del sanitario (per accertare la responsabilità, al contrario, escluderla), dunque, diventa non solo e non tanto l'accertamento della condotta tipica e dell'imperizia, quanto la c.d. "causalità della colpa", veicolata dal giudizio (ma sarebbe meglio dire dalla valutazione, discrezionale ma che dovrà essere necessariamente motivata) di "adeguatezza" della linea guida alla specificità del caso concreto previsto dall'art. 590-sexies c.p.

Niente di nuovo sotto il sole naturalmente rispetto alla disciplina previgente, per carità.

Il problema però è che, siccome le raccomandazioni previste dalle linee guida - come detto sopra - hanno un contenuto flessibile ed aperto e deve esserne comunque valutata l'adeguatezza al caso concreto, tale valutazione discrezionale (oltre a complicare ulteriormente l'accertamento del nesso di causalità tra fatto ed evento) può comportare il rischio - concreto - di attribuzione dell'evento dannoso a titolo di responsabilità oggettiva.

Ciò è, detto in parole povere, il giudizio di adeguatezza potrebbe portare a ritenere, in numerosi casi, che il solo fatto della verificazione dell'eventuale lesione possa determinare l'attribuzione della responsabilità penale a carico del sanitario sulla base della valutazione - del tutto discrezionale - di idoneità della condotta tenuta nel suo complesso dal sanitario, pure in aderenza alla raccomandazione prevista da una linea guida definita e pubblicata.

Il rischio è di *bypassare* le regole, direttive ed oggettive, di accertamento della (necessaria) sussistenza del nesso di causalità tra fatto ed evento, abbandonando criteri rigorosi e certi che consentano di affermare la responsabilità penale del sanitario al di là di ogni ragionevole dubbio e facendosi suggestionare da valutazioni probabilistiche, peggiori, da pericolose scricchiolate in ambito probatorio - riginiate da presunzioni semplici - giudizi discrezionali (tramite la ritenuta "adeguatezza"), con un indubbio arretramento sul piano delle garanzie difensive.

Per sciogliere questa eventualità, sarà necessario che gli operatori del diritto non deroghino alle regole preoblate di accertamento degli elementi costitutivi del fatto di cui all'art. 590-sexies c.p. (imperizia, evento, obiettiva rapporto di causalità tra fatto e evento, esclusione della causa di non punibilità ivi prevista, che, in caso di dubbi sulla sua esistenza, determinerebbe altrimenti – ad avviso dell' scrivente – l'applicazione dell'art. 530 III° c. c.p.p.), limitando al minimo il ricorso a valutazioni discrezionali sulla generale e generica "adeguatezza" della condotta, comunque, giustificando il ricorso e l'esercizio di tale potere discrezionale con idonea ed adeguata motivazione, esente da censure e vizi.

Le problematiche sopra indicate aumentano ulteriormente se sono destinate a trovare applicazione al caso concreto nelle raccomandazioni previste dalle linee guida (che per ipotesi non siano state, ad esempio, definite e pubblicate ai sensi di legge), ma le buone prassi clinico-assistenziali.

Le *buone prassi* sono norme complementari sussidiarie e di chiusura (si applicano soltanto in mancanza di definizioni e pubblicazioni delle raccomandazioni) del sistema "riformato" delle professioni sanitarie.

Se le raccomandazioni avevano, comunque, un certo contenuto di oggettività ed obiettività (dati dalla definizione e dalla pubblicazione) – senza però che fosse possibile eliminare dei contenuti soggettivi e discrezionali insite in esse, come chiarito sopra – le *buone prassi* non presentano le stesse caratteristiche.

Vediammo perché.

Se le raccomandazioni devono, infatti, essere definite e pubblicate, per le buone prassi tali requisiti non sono previsti.

E' pur vero che l'art. 5 della L. 24/2017 accenna le *buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida* nella rubrica.

Tuttavia, la stessa norma (alla quale occorre fare riferimento quanto al concetto di *buone pratiche clinico-assistenziali* previsto dal – successivo – art. 6, che ha introdotto, appunto, l'art. 590-sexies c.p.), non prevede espressamente che le buone prassi siano definite e pubblicate ai sensi di legge, contrariamente a quanto stabilito per le raccomandazioni.

Anzi.

Prevede che esse trovino applicazione soltanto se non ci sono raccomandazioni definite e pubblicate.

Potrebbe trattarsi – è ovvio – di un difetto di coordinamento (derivato dalla scarsa tecnica legislativa), ma il fatto che le buone prassi siano destinate ad operare soltanto in seconda battuta, in mancanza di



individuazione e pubblicazioni delle raccomandazioni, induce a ritenere ragionevolmente che le buone prassi non partecipino della “pubblicità” delle prime.

Pertanto, le buone prassi clinico-assistenziali non hanno quel carattere oggettivo, preciso, determinato e certo che è loro attribuito dalla definizione e pubblicazione ai sensi di legge.

E questo costituisce sicuramente un problema qualora manchino le raccomandazioni, perché la loro mancata validazione ad opera dello Stato (con la definizione e pubblicazione) le rende difficilmente vincibili e soprattutto categorizzabili ed applicabili, di conseguenza, ai sanitari.

L'istituzione di un Osservatorio delle Buone Prassi – pure previsto dall'art. 3 – non sembra idonea a colmare tale lacuna, anche perché dovrà avvenire mediante decreto del Ministero della Salute (e quindi non è ancora operante) ma, soprattutto, perché per poter raccogliere una mole di dati per validare le prassi clinico-assistenziali (senno' come si fa a ritenerle buone?) occorrerà necessariamente lavoro e tempo, mentre la salute è un bene che deve essere adeguatamente tutelato, da subito.

Questa è la più grossa lacuna dei criteri – sussidiari – delle buone prassi clinico-assistenziali, che comunque hanno un altro contenuto discrezionale (che significa buona? è un aggettivo che implica un giudizio, espresso sulla base di una scala di valori variabile in base al diverso contesto ed ambito territoriale, alle condizioni in cui l'assistenza è prestata, etc...) e oggettivo, e che, pertanto, per la loro peculiare natura sono destinate a complicare ulteriormente l'accertamento – l'esclusione – della penale responsabilità del sanitario qualora manchino le raccomandazioni.

Dopo aver individuato (e tentato di risolvere, per quanto possibile) i problemi applicativi determinati dai numerosi criteri introdotti per l'esclusione della penale responsabilità dell'esercente delle professioni sanitarie, occorre, a questo punto, affrontare l'altra questione dei rapporti tra il “vecchio” art. 590-ter c.p. e il nuovo art. 590-sexies c.p.

### 3) **IL NUOVO ART. 590-SEXIES ED IL VECCHIO ART. 590-TER C.P. - SUCCESSIONE DI NORME PENALI - PROFILI DI DIRITTO INTEMPORALE - QUALE LA NORMA DI MAGGIOR FAVORE PER L'IMPUTATO?**

La riforma pone anche un problema (ad avviso dell'autore, forse maggiormente “abbordabile” rispetto a quelli sopra accennati) di rapporti tra il “vecchio” art. 590-ter c.p. e il “nuovo” art. 590-sexies c.p.

In particolare, si tratta di stabilire se tra le due norme incriminatrici (succedutesi nel tempo) esista una continuità strutturale e, comunque, quale sia la norma di maggior favore per il re' destinata a trovare applicazione, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p.

Ora, il previgente art. 590-ter c.p. prevedeva la penale responsabilità del sanitario che, nell'esercizio della sua attività, cagionava la morte o la lesione personale del paziente per imperizia **soltanto in caso di colpa grave**.

La colpa grave doveva, in particolare, ritenersi esclusa quando il sanitario aveva rispettato le buone prassi clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge (salve le rilevanti specificità del caso concreto).

Buone prassi e raccomandazioni erano, dunque, sostanzialmente parificate (a differenza di quanto stabilito nell'art. 590-sexies c.p., nel quale, invece, le buone prassi sono chiamate ad operare soltanto in via sussidiaria, qualora manchino raccomandazioni previste da linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge, e subordinata rispetto alle raccomandazioni, avendo un rango ed un peso inferiore ad esse) e dovevano essere rispettate entrambe.

La colpa lieve (c'è una inosservanza di modesta entità e tenuità delle regole cautelari da parte del sanitario) era, pertanto, penalmente irrilevante ai sensi del previgente art. 590-ter c.p.

L'art. 590-sexies c.p. presenta, invece, una struttura completamente diversa e ribaltata (rispetto all'art. 590-ter).

La nuova norma è formulata come una causa di esclusione personale della punibilità.

L'art. 590 sexies c.p. – anziché prevedere gli elementi costitutivi del fatto tipico e le pene previste per la violazione – indica, infatti, soltanto quando (ed in quali circostanze e a quali condizioni) il sanitario possa andare esente da pena.

Per l'esclusione della punibilità, infatti, occorre che sia provato il rispetto da parte del sanitario delle raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge, in mancanza di queste, delle buone prassi clinico-assistenziali.

Non si.

Occorre anche che le linee guida siano adeguate alle specificità del caso concreto, ciò viene valutata la condotta complessiva tenuta dal sanitario, che, se non viene ritenuta idonea, può costituire fonte di addebito.

dell'event' dann' s' (anche per c' lpa generica, c' me dett' s' pra, ' lieve, vist' che è sc' mpars' 'gni riferiment' alla c' lpa grave previst', dal previgente art. 590-ter c.p., c' me criteri' di esclusi' ne della penale resp' nsabilità del sanitari' ).

Nella nu' va n' rma, infine – e quest' è l'aspett' più evidente e rilevante della rif' rma - è sc' mpars' 'gni riferiment' alla c' lpa grave e alla c' nseguente irrilevanza penale della c' lpa c.d. "lieve".

Pertant', il sanitari', ai sensi dell'art. 590-sexies c.p., risp' nde penalmente dell'event' dann' s' verificat' si per imperizia anche in cas' di sc' stament', minim', dagli 'rdinari standards qualitativi richiesti per il n' rmale esercizi' della sua attività pr' fessi' nale, senza che p' ssa farsi più riferiment' al grad' (lieve e grave) della c' nd' tta c' lp' sa ai fini della esclusi' ne della penale resp' nsabilità, c' ntrariamente a quant' avveniva in precedenza.

Alla luce di quant' s' pra, appare ragi' nev' le ritenere che la n' rma di maggi' r fav' re – tra le due n' rme incriminatrici succedutesi in *subiecta materia* - debba essere ritenuta l'art. 590-ter c.p., che, in cas' di c' mmissi' ne del fatt' nella vigenza di tale n' rma, d' vrà c' ntinuare ad essere applicata al re', ai sensi dell'art. 2 c' mma 4 c.p. rispett' alla (deteri' re e successiva) n' rma incriminatrice di "nuovo conio".

D' p' aver analizzat' anche la questi' ne relativa ai rapp' rti intertemp' rali tra le n' rme incriminatrici *de quibus*, appare p' ssibile, a quest' punt', f' rmulare alcune ' sservazi' ni c' nclusive.

4) **CONCLUSIONI: LA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE SANITARIA MEDIANTE L'INTERVENTO (DIRETTO) DELLO STATO – L'ATTIVITA' SANITARIA COME TECNICA REGOLAMENTATA ANCHE NELLE SUE MODALITA' DI ESPLETAMENTO – LA FUTURA MEDICINA COME TECNICA SCIENTIFICA ETERODIRETTA E, SEMPRE MENO, COME ARTE – QUALE L'AMBITO DI TUTELA FUTURO DEL DIRITTO ALLA SALUTE (ART. 32 COST.) ? L'IMPATTO DELLA RIFORMA SUI METODI DI ACCERTAMENTO PROCESSUALI DELLA RESPONSABILITA' PENALE DELL'ESERCENTE LA PROFESSIONE SANITARIA.**

Le c' nclusi' ni che p' ss' n' trarsi, dall'analisi della "rif' rmata" resp' nsabilità penale dell'esercente le pr' fessi' ni sanitarie, n' n s' n' p' sitive.

La riforma enfatizza – troppo – il ruolo e la primazia delle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate e definite ai sensi di legge nella gerarchia delle regole cautelari destinate ad operare nell'ambito delle professioni sanitarie.

Il rischio, evidente, è di proceduralizzare l'attività dell'esercizio delle professioni sanitarie, dimenticando che esse sono innanzitutto scienza e tecnica ma, al contempo, un'arte, che viene esercitata tenendo conto delle prerogative, conoscenze, cultura e preparazione di ogni sanitario e che partecipa (e vive) del livello qualitativo ed in una certa misura differenziato rispetto dal singolo professionista.

Imporre, dunque, ai sanitari di rispettare, meccanicamente, raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate *ex lege* (quindi eterodirette e calate dall'alto, dallo Stato che ne ricomanda la validità ed operatività) da un lato trasforma la professione sanitaria che è pur sempre un'arte in una tecnica standardizzata e in una metodologia dal contenuto generalizzato e qualitativamente ridotto, impedendo il contenuto e il pregio dell'opera prestata in favore del paziente, con rischi per il fondamentale bene della salute, paradossalmente in contrasto con quelli che erano – e sono – gli scopi della riforma; dall'altro, comporta l'accertamento della colpa penale dell'esercente le professioni sanitarie, sia perché i criteri previsti non hanno ancora avuto la validazione necessaria per essere applicati (e, quindi, sono ancora *tamquam non esset*), sia perché, anche se recepiti, la valutazione di "adeguatezza" che viene comunque imposta in relazione al caso concreto aumenta il rischio del ricorso a scorciatoie dal punto di vista probatorio per l'accertamento, al di là di ogni ragionevole dubbio, della (necessaria) sussistenza del nesso di causalità tra la condotta "imperita" del sanitario e l'eventuale danno, e, comunque, dell'efficienza causale della condotta colposa complessivamente tenuta.

Infine, aspetto non trascurabile, l'aver previsto come criteri sussidiari (e non più concorrente con le raccomandazioni, come, invece, prevedeva il previgente art. 590-ter c.p., dal contenuto sicuramente più garantista per il bene salute del paziente, visto che esso imponeva il contemporaneo rispetto sia delle linee guida che delle buone prassi) le buone prassi-cliniche assistenziali destinate ad operare in mancanza di raccomandazioni – senza averne imposto, al pari delle raccomandazioni, la definizione e pubblicazione ai sensi di legge, ma, sostanzialmente, rimettendo la raccolta di tali dati al costituendo Osservatorio Nazionale – è una scelta di politica legislativa che aumenterà, prevedibilmente, le incertezze applicative ed interpretative, visto che le *buone prassi* non hanno natura oggettiva ma, al contrario, hanno contenuto altamente

discrezionale e variabile a seconda del territorio, delle condizioni e dell'ambito in cui vengono esercitate le prestazioni sanitarie, della scala di valori presa in considerazione, dei risultati ottenuti etc....

Si tratta di lacune ed aperture che sollevano gli operatori del diritto piuttosto che il mare (però, e questo è il problema, in parte creando, e non sollevando applicando, le regole integrando il trattato normativo con l'esperienza pratica) e sarà necessario possedere particolari competenze tecniche per poter arrivare ad affermare e tentare di escludere la penale responsabilità dell'esercente le prestazioni sanitarie in un caso concreto, attivandosi in tal senso già dalla fase delle indagini preliminari; **fase che assume così decisiva e fondamentale importanza per gli accertamenti da svolgere (irripetibili per loro più), con conseguente rischio di dispersione degli elementi di prova e con la necessità di adottare fin da subito efficaci strategie difensive da parte del difensore dell'indagato ricorrendo, se del caso, anche all'espletamento di attività di indagine difensiva, per evitare che si formino gap conoscitivi nei confronti del P.M. che non possano essere colmati (e che saranno incolmabili) in dibattimento e che possano comunque condizionare in negativo la possibilità di poter difendere ed assistere adeguatamente il sanitario chiamato a rispondere del delitto di cui al novellato art. 590-sexies c.p.**

Se questo è il risultato della "rifirma" non ci sembra un grande apprendimento, quanto piuttosto una riconferma dello status quo, sia pure sotto diverse (e mentite) spoglie.

Poggibonsi/Siena, lì 25.05.2017

Avv. Riccardo Dainelli