

**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. Riccardo 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 marzo 2017 n. 24 contiene: “Disporsi sì 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 della Repubblica Italiana il 17.03.2017, è entrata in vigore il 01.04.2017.

La riforma (che non è il classicissimo pesce d'aprile) si proponeva – e proponeva – di riformare il campo della responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie, creando criteri interpretativi ed applicativi certi ed univoci che – nell'intenzione del Legislatore – dovevrebbero procurare la maggiore tutela del bene della salute (art. 32 C' st.), proprio nella sua rilevanza individuale e collettiva dalla nostra Carta fondamentale.

La *ratio legis* è, dunque, quella di intervenire nell'attività dell'esercente la professione sanitaria, regolamentandone l'avvigionamento attraverso norme complementari specifiche (le raccomandazioni previste dalle linee guida) pubblicate “ai sensi di legge” ed elaborate da enti e istituzioni pubbliche e private nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecniche-scientifiche delle professioni sanitarie, iscritte in un apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della Salute, del quale viene stampata l'emanazione entro 90 giorni dalla entrata in vigore della legge.

L'obiettivo – apprezzabile, anche se per giudicare se verrà concretamente raggiunto – meno che non si attende che il nuovo sistema venga concretamente “messo alla prova” – è quell' 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 della Stato che, imponendo requisiti minimi di rappresentanza, serietà e adeguatezza tecnica degli enti pubblici e privati nonché delle società ed associazioni scientifiche che operano nel settore (e verificando contemporaneamente 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 dati* di raccomandazioni previste da linee guida validate, a livello nazionale, nell'esercizio della professione sanitaria (integrata nel nome nazionale Sistema nazionale per le Linee Guida – SNLG – e contemporaneamente 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 comportamento dell'attivita tipica della professione sanitaria (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 discostano (in modo lieve e più evidente e grave) dagli *standards* ordinariamente richiesti dalla professione sanitaria.

Maggiore tutela per il sanitario, che è chiamato ad espletare la propria professione in un attivita tipica della propria professione ad alti contenuti tecnici/scientifici e che deve poter disporre di criteri e linee guida uniformi per poter garantire la corretta esecuzione della professione (evitando i rischi della verifica di eventi dannosi ed infausti cagionati da una *babILONIA* di regole, criteri e linee guida comportamentali spesso contraddistinti e contraddetti 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 loro 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 anticonstituzionali 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` nhé 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` rnament` .

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

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 mancanza 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`attività degli esercenti le pr` fessi` ni sanitarie che la faccia scadere a prestazi` ne standardizzata e r` utinaria a discapit` della qualità e del pregi` dell` pera e della salute del paziente (l`unif rmità genera m` stri) e, dall`altr` , `peran` c` me claus` la di salvaguardia e c` me criteri` /met` d` 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 già *in pectore*.

Se le racc` mandazi` ni previste dalle linee guida s` n` infatti met` di di accertament` `biettivi della resp` nsabilità, `cc` rrerà, c` munque, verificare quali, tra di esse, sarann` pubblicate (` men` ), le antin` mie esistenti tra di esse e le m` dalità 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` munità 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` vrà 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` nsabilità 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` stavan` 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 specificità del cas` c` ncret` , che rip` rta in vita – resuscitand` la – la *colpa generica*, che sembrava seppellita da questa rif` rma.

Tutte queste criticità si intreccian` , a d` ppi` fil` , nel tessut` del nu` v` art. 590 *sexies* c.p., suscitand` nu` vi dubbi e perplessità (interpretative ed applicative) nell`interprete, chiamat` anche a sci` gliere – `ltre a questi n` di, che c` mplican` dannatamente il pr` cess` di accertament` della resp` nsabilità penale, già di per sé 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 pr'blemi di n`n facile s`luzi`ne, che n`n s`n` destinati a tr`vare una risp`sta univ`ca e certa (altra ut`pia, nel m`nd` del diritt`), ma sui quali `cc`rre necessariamente c`nfr`ntarsi.

N`n tant` per rip`rtare `rdine nel ca`s (missi`ne imp`ssibile), quant` – piutt`st` – per cercare di n`n perdersi nel Labirint` ed essere mangiati dal Min`taur`, da parte di chi (c`me l'interprete) pu`o c`ntare s`ltant` sull'esile fil` dell'intervent` rif rmat`re, aggr`vigliat` e disarm`nic`, e cerca di dipanarl` fatic`samente al tenue chiar`re di una esile fiammella.

Il temp` sta per scadere – `e in arriv` la Bestia – ed `cc`rre pertant` iniziare l`pera.

Sia dat` inizi`, dunque, all'analisi dell'art. 590-sexies c.p., intr`d`tt` dall'art. 6 della Legge 8 marz` 2017 n. 24, nella speranza (se n`n di penetrare i segreti disegni dell'intervent` rif rmat`re in materia di resp`nsabilit` penale dell'esercente la pr`fessi`ne sanitaria) di riuscire a c`mprenderne la p`rtata applicativa e di dipanare `scurit` ed ambiguit` interpretative, analizzand`ne l'impat` sul qu`tidian` futur` espletament` della pr`fessi`ne (scienza ` tecnica?) sanitaria e sui meccanismi di accertament` della penale resp`nsabilit` in tale ambit`.

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 RESPONSABILIT` 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 RESPONSABILIT` PENALE DEL SANITARIO TRA RIVOLUZIONE (APPARENTE) E REALTA` EFFETTIVA.**

L'art. 590-sexies c.p. (*Responsabilit` colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*), `e stat` inserit` dall'art. 6 della L. 24/2017 nel n`str` c`dice penale e s`stituisce integralmente il test` – c`n`dificazi`ni evidenti e n`tev`li, delle quali parlerem` *infra* – del vecchi` art. 590-ter.

La sua c`ll`cazi`ne sistematica (ed il su` inseriment`) nel c`dice penale testim`nia la v`l`nt`a del Legislat`re di differenziare l'intervent` penale e la risp`sta sanzi`nat`ria nell'ambit` delle pr`fessi`ni

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'eventuale dannosità rimane identica (rispetto alle fattispecie 'comuni' di cui agli artt. 589 e 590 c.p.), il Legislatore ha sentito di dare un'incipiente una particolare – e speciale – fattispecie differenziandone anche gli elementi costitutivi e la pena edittale della nuova previsione quando la lesione del bene preterito si verifica nell'esercizio della professione sanitaria.

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

La nuova previsione normativa presenta una struttura peculiare, complessa e francamente assai singolare (senza ragione).

Il primo comma è sostanzialmente inutile, in quanto opera soprattutto un richiamo ai fatti e alle pene di cui agli artt. 589 e 590 c.p., facendo salva la disposizione secondo il comma (e ci mancherebbe altro che si applicasse all'esercizio la professione sanitaria le pene previste per l'omicidio causato se le lesioni non causate quando 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 precettivi 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 soprattutto).

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

Tale comma sente 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 poteva aspettare (legittimamente) attendere, il comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p. non contiene precettivi e sanzioni; non descrive la condotta tipica e le pene previste per la violazione.

Il richiam` *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` `e escludente la penale resp` nsabilit` .

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 (perch` 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 *scruminante* ` una *causa di esclusione di punibilit`* 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 punibilit`**, **si pone il problema di che cosa succederebbe se i presupposti richiesti per l`esclusione della punibilit` 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 punibilit`?**) 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, perch` n` n `e 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` , perch` 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 punibilit` `e 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 cui risivo è dell'autore) concernono le norme ai propri fili 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 dannosità a carico del paziente?

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

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

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

L'apparizione di non è senz'altro rivelazione naria, anzi si può dire che – se questo fosse il solo ed unico risultato dell'intervento riformatore - si sarebbe scritto per l'acqua calda.

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

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

Queste ultime hanno persino la loro autorità normativa 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 si fa parzialmente, oppure si interviene in ritardo), oppure se si è imprudenti (si seguono le raccomandazioni ma per esempio non sono in essere, nell'espletamento della professione, senza le necessarie cautele ed accorgimenti).

Tuttavia, dunque, è imperizia (un punto comune a struttura, signore, unico e trino).

Non rileva, pertanto, più, ai fini dell'affermazione della penale responsabilità in ambito sanitario, il grado della condotta del medico (che può insistere, indifferentemente, in un lieve scostamento dalle norme regolari di condotta da parte dello stesso, quanto in una più marcata ed accentuata dei propri veri, **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` rhè 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` lllettiva, 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` sì si può stabilire se è stata (c` men` ) adeguata al cas` c` ncret` .

Tale valutazi` ne implica e presuppongono, necessariamente, la s` pravvivenza della c` lpa generica, in quant` si deve p` i andare a verificare in c` ncret` se (al di là del f` rmale rispett` delle racc` mandazi` ni e delle bu` ne prassi da parte del sanitari` ) la c` nd` tta c` mplessivamente tenuta sia stata *adeguata* ` al c` ntrari` si sia trad` tta nella vi` lazi` ne di reg` le di cautela, di prudenza e di diligenza n` n specificamente e tassativamente previste ma il cui rispett` sia imp` st` dalla basilare e c` mune pratica dell'arte e scienza delle pr` fessi` ni sanitarie per espletament` dell'att` tipic` da parte del medic`, avut` riguard` al cas` c` ncret` nelle sue sfaccettature e peculiarità.

Se il c` mp` rtament` n` n è stat` adeguat` (c` me prescritt` dalla n` rma) per vi` lazi` ne di cautele (evidentemente) a-specifiche l'imputazi` ne dell'event` c` ntinua, pertant`, ad avvenire ugualmente.

E sicc` me n` n può avvenire a tit` l` di resp` nsabilità ` ggettiva (la n` rma penale sarebbe, altrimenti, c` stituzi` nalmente illegittima, d` vend` sussistere necessariamente un rapp` rt` psic` l` gic` e c` llegament` subiettiv` tra fatt` ed aut` re che ne den` ti ed evidenzi la c` lpev` lezza), ` cc` rre almen` la c` lpa, anc` rchè generica, veic` lata dal giudizi` di – generale – adeguatezza della c` nd` tta dell'esercente la pr` fessi` ne sanitaria previst` dall'art. 590-*sexies* c.p.

In altre par` le, e per c` ncludere sul punt`, si è imperiti anche quand` n` n si ` sservan` cautele e reg` le n` n specificamente previste ma ` rdinariamente necessarie (ed imp` ste), per il c` rrett` e n` rmale sv` lgiment` delle pr` fessi` ni sanitarie e, in tal cas`, risulta c` munque giustificata l'irr` gazi` ne della pena al medic` che c` ntinua ad essere resp` nsabile, perciò, per la lesi` ne del bene pr` tett` dalla n` rma incriminatrice *de qua*.

Chiarit` che è sc` mparsa la tradizi` nale distinzi` ne tra c` lpa lieve e grave (e, che, quindi, n` n rileva più il grad` della c` nd` tta c` lp` sa del sanitari` ) e che la c` lpa c.d. generica c` ntinua a c` stituire valid` criteri` di imputazi` ne subiettiva della resp` nsabilità penale in ambit` sanitari` senza che sia stata in alcun m` d` s` ppianata dalla rif rma, ` cc` rre adess` esaminare quand`, c` ncretamente, l'esercente sanitaria p` ssa andare in c` ncret` esente da pena.

Ins` mma che c` sa sian` – e c` me sian` destinate ad ` perare, anche nelle interazi` ni e nei rapp` rti tra di l` r` - le racc` mandazi` ni previste dalle linee guida (che dev` n` essere state definite e pubblicate ai sensi di legge; è ` pp` rtun` ribadire che la preventiva individuazi` ne e la successiva pubblicazi` ne delle specifiche reg` le cautelari deve, ` bbligat` riamente, essere espletata per renderle ` pp` nibili agli esercenti le pr` fessi` ni

sanitarie c' me unic' mezz' che c' nsente di p' ter c' ntestare validamente ai sanitari la l' r' vi' lazi' ne) e, in mancanza di queste, le bu' ne prassi clinic' -assistenziali.

La f' nte primaria del diritt' penale delle pr' fessi' ni sanitarie è c' stituita dalle racc' mandazi' ni previste dalle linee guida *come definite e pubblicate ai sensi di legge*.

Le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida rappresentan', nell'intenzi' ne del Legislat' re, le reg' le principali p' sti alla base del (c' rrett' ) esercizi' delle pr' fessi' ni sanitarie.

Esse, però, s' n' destinate ad ` perare – e p' ss' n' c' ncretamente tr' vare applicazi' ne – s' ltant' se definite e pubblicate "ai sensi di legge".

In altre par' le, le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida tr' van' il l' r' ric' n' sciment' n' n in sé stesse (c' me sarebbe lecit' attendersi, in quant' s' n' rigitate e create da enti pubblici e privati n' nché da s' cietà scientifiche ed ass' ciazi' ni tecnic' -scientifiche delle pr' fessi' ni sanitarie che ` peran' in tale ambit' , nascend' dalla ` rdinaria pratica e dal qu' tidian' esercizi' delle arti e pr' fessi' ni sanitarie), ma nel ric' n' sciment' e validazi' ne dell' Stat' , che deve definirle e, successivamente, pubblicate.

Il prim' , immediat' , limite (c' me anticipat' nella premessa) all'applicazi' ne delle racc' mandazi' ni è la mancata creazi' ne dell'elenc' da parte dell' Stat' .

O megli' la mancata definizi' ne e pubblicazi' ne ex art. 5 Legge 24/17 delle racc' mandazi' ni.

Per superare questa (eventuale) *empasse*, è stat' espressamente previst' che tr' vin' applicazi' ne, in mancanza di racc' mandazi' ni, le bu' ne prassi clinic' -assistenziali.

Prima di analizzare queste ultime (cercand' di capire quale valenza abbian' e c' me p' trebber' , eventualmente, essere destinate ad ` perare, le bu' ne prassi clinic' -assistenziali, analizzand' ne anche le diversità rispett' alle racc' mandazi' ni), ` cc' rre analizzare le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida c' me categ' ria.

Le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida s' n' delle reg' le cautelari di c' mp' rtament' ; suggerisc' n' le m' dalità c' n cui si debba esercitare la pr' fessi' ne sanitaria nel cas' c' ncret' e alle quali ` cc' rre attenersi nel p' rre in essere l'att' tipic' della pr' fessi' ne.

Le racc' mandazi' ni – più che vere e pr' prie specifiche prescrizi' ni, dal c' ntenut' c' gente e vinc' lante, ` n' rme di c' nd' tta tassative e determinate – s' n' , dunque, una s' rta di "istruzi' ni per l'us' ", che reg' lan' l'esercizi' della pr' fessi' ne sanitaria e ne determinan' le c' rrette m' dalità di sv' lgiment' .

La prima c' sa sing' lare è che, ad essere definite e pubblicate *ex lege*, s' n' n' n tant' specifiche prescrizi' ni e reg' le cautelari c' genti e vinc' lanti (c' me n' rmalmente avviene quand' viene emanata una legge), quant' piutt' st' dei suggerimenti per il c' rrett' m' d' di p' rre in essere l'att' tipic' della pr' fessi' ne sanitaria.

La legge di "riforma", quindi, imp' ne al sanitari' n' n di rispettare reg' le cautelari specifiche e precise, facend' derivare dalla l' r' vi' lazi' ne l'attribuzi' ne della penale resp' nsabilità a caric' del sanitari' c' me l' gica ed inevitabile c' nseguenza della trasgressi' ne, ma di attenersi a "racc' mandazi' ni" previste da linee guida che sembran' ggettive e rigide, ma che in realtà hann' un c' ntenut' flessibile ed elastic' (n' n cert' predeterminat' ed imm' dificabile), destinat' c' munque ad essere s' tt' p' st' ad una valutazi' ne di "adeguatezza" alle specificità del cas' c' ncret' .

Le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida partecipan' dunque della c' genza e vinc' latività delle n' rme di c' nd' tta s' ltant' per l'effett' che pr' duc' n' (la definizi' ne e pubblicazi' ne che ne imp' ne il rispett' ), ma s' n' in realtà reg' le cautelari dal c' ntenut' "apert'" ad una tendenziale valutazi' ne della l' r' adeguatezza ed id' neità in relazi' ne al cas' c' ncret' ggett' di indagine ed accertament' , in sede penale.

Chiarita la natura ibrida delle racc' mandazi' ni (che v' rrebber' essere ed aspirare ad essere criteri ggettivi, ma che in realtà sembran' pr' pri' criteri di valutazi' ni s' ggettivi, per la discrepanza che acc' mpagna la valutazi' ne della l' r' incidenza e della l' r' adeguatezza in relazi' ne al cas' c' ncret' ), cc' rre chiarire c' me esse sian' destinate ad perare.

Il prim' pr' blema, s' tt' quest' pr' fil' , è relativ' ai rapp'rti tra le (in ip' tesi varie e diverse) racc' mandazi' ni previste dalle linee guida validate.

Infatti, p' st' che le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida, se definite e pubblicate ai sensi di legge, s' n' vinc' lanti per il sanitari' ed peran' c' me f' nte primaria della resp' nsabilità dell'esercente, che c' sa succede se – ad esempi' - ne esist' n' due, più, in c' ntrast' di l' r' ?

N' n esistend' una gerarchia *interna* ( almen' n' n l'ha prevista il legislat' re della "rif' rma") tra le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida pubblicate, p' trebbe, infatti, accadere che nel cas' c' ncret' vengan' in riliev' due diverse racc' mandazi' ni.

Una a c' ntenut' p' sitiv' , che imp' ne di effettuare una attività prevista dalla linea guida per il c' rrett' esercizi' della attività dell'esercente la pr' fessi' ne sanitaria.

Ed un'altra a c'ntenut' negativ' (pp' sta), che, invece, imp'ne di NON p'rrre in essere l'att' "racc' mandat'" dalla linea guida precedente, perché attenersi determinerebbe ' aumenterebbe il rischi' del verificarsi dell'event' dann' s' a caric' del paziente.

In un cas' del genere, c' me si ris' lve il c' nflitt' tra le due diverse racc' mandazi' ni (dal c'ntenut' ' pp' st' , ma che hann' la stessa dignità e val' re ' ltre che efficacia)?

Parad' ssalmente, sia la c'nd' tta tenuta nella prima ip' tesi che nella sec' nda p' trebber' n' n essere ritenute imperite, perché il sanitari' si attiene c' munque ad una racc' mandazi' ne prevista da (una) linea guida definita e pubblicata ai sensi di legge, e, quindi, ragi' nand' per assurd', n' n si c' mprende a quale tit'l' avverrebbe l'imputazi' ne dell'event' a caric' dell'esercente la pr' fessi' ne sanitaria.

A tit' l' di resp' nsabilità ' ggettiva (altrimenti) n' .

A tit' l' di c' lpa?

Ma se la c'nd' tta, in ' gni cas' , sarebbe c' nf' rme ad una linea guida, c' me p' trebbe essere ritenuta imperita e legittimarsi, c' sì, l'addebit' dell'event' a tit' l' di c' lpa?

In casi c' me questi, s' cc' rre - a m' dest' avvis' dell' scrivente - il criteri' di "adeguatezza" delle linee guida alle specificità del cas' c' ncret' .

In altre par' le, 'cc' rrerebbe - per accertare la penale resp' nsabilità del sanitari' - verificare se le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida s' n' adeguate al cas' c' ncret' .

Pertant', nel cas' di antin' mia tra racc' mandazi' ni definite e pubblicate (dal c'ntenut' ' pp' st' ), sarebbe necessari' valutare la c'nd' tta tenuta dal sanitari' nel su' c' mpless' e verificare se la racc' mandazi' ne prevista dalla linea guida a cui il medic' si è attenut' era - ' men' - "adeguata" alle specificità del cas' c' ncret' ; ci' è se il su' impieg' era id' ne' ad evitare la verificazi' ne dell'event' dann' s' ' c' munque n' n ha avut' incidenza causale nell'accadiment' verificat' si evidentemente per altra causa aut' n' ma ed esclusiva (mentre, magari, sarebbe stata l'adesi' ne all'altra ' pp' sta racc' mandazi' ne a causare la lesi' ne del bene pr' tett' ).

In un cas' del genere, nel quale la c'nd' tta del sanitari' viene ritenuta "adeguata" alle specificità del cas' c' ncret' - nel sens' che viene ric' n' sciuta la b' ntà della racc' mandazi' ne seguita, ' ppure, c' munque, ne viene esclusa l'efficacia causale, c' stituend' 'ccasi' ne dell'event' ma n' n causa dell' stess' - si esclude, dunque, la punibilità per mancanza il pr' fil' dell'imperizia.

E' evidente però che l'aver imp' st' "dall'alt'" di seguire delle racc' mandazi' ni previste da linee guida, vinc' lanti per la l' r' pubblicazi' ne, senza aver reg' lat' i rapp' rti interni tra le stesse, è una scelta di p' litica legislativa destinata a creare diffic' ltà e pr' blemi interpretativi ed applicativi in una materia, c' me quella relativa alla resp' nsabilità penale dell'esercente le pr' fessi' ni sanitarie, già di per sé m' lt' tecnica e c' mplessa.

Il *thema probandum* principale nel giudizi' penale a caric' del sanitari' (per accertare la resp' nsabilità ), al c' ntrari' , escluderla), dunque, diventa n' n s' l' e n' n tant' l'accertament' della c' nd' tta tipica e dell'imperizia, quant' la c.d. "causalità della c' lpa", veic' lata dal giudizi' (ma sarebbe megli' dire dalla valutazi' ne, discrezi' nale ma che d' vrà essere necessariamente m' tivata) di "adeguatezza" della linea guida alla specificità del cas' c' ncret' previst' dall'art. 590-*sexies* c.p.

Niente di nu' v' s' tt' il s' le naturalmente rispett' alla disciplina previgente, per carità.

Il pr' blema però è che, sicc' me le racc' mandazi' ni previste dalle linee guida - c' me dett' s' pra – hann' un c' ntenu' flessibile ed apert' e deve esserne c' munque valutata l'adeguatezza al cas' c' ncret' , tale valutazi' ne discrezi' nale (ltre a c' mplicare ulteri' rmente l'accertament' del ness' di causalità tra fatt' ed event' ) può c' mp' rtare il rischi' – c' ncret' – di attribuzi' ne dell'event' dann' s' a tit' l' di resp' nsabilità ' ggettiva.

Ci' è, dett' in par' le p' vere, il giudizi' di adeguatezza p' trebbe p' rtare a ritenere, in numer' si casi, che il s' l' fatt' della verificazi' ne dell'event' lesiv' p' ssa determinare l'attribuzi' ne della resp' nsabilità penale a caric' del sanitari' sulla base della valutazi' ne – del tutt' discrezi' nale – di inid' neità della c' nd' tta tenuta nel su' c' mpless' dal sanitari' , pure in adesi' ne alla racc' mandazi' ne prevista da una linea guida definita e pubblicata.

Il rischi' è di *bypassare* le reg' le, 'biettive ed 'ggettive, di accertament' della (necessaria) sussistenza del ness' di causalità tra fatt' ed event' , abband' nand' criteri rig' r' si e certi che c' nsentan' di affermare la resp' nsabilità penale del sanitari' al di là di 'gni ragi' nev' le dubbi' e facend' si suggesti' nare da valutazi' ni pr' babilistiche ' , pegg' , da peric' l' se sc' rciat' ie in ambit' pr' bat' ri' ' riginate da presunzi' ni semplici ' giudizi discrezi' nali (tramite la ritenuta "adeguatezza"), c' n un indubbi' arretrament' sul pian' delle garanzie difensive.

Per sc' ngjurare questa eventualità, sarà necessari` che gli `perat` ri del diritt` n`n der` ghin` alle reg` le pr` bat` rie di accertament` degli elementi c` stitutivi del fatt` di cui all'art. 590-sexies c.p. (imperizia, event` , `biettiv` rapp` rt` di causalità tra fatt` e event` , esclusi` ne della causa di n`n punibilità ivi prevista, che, in cas` di dubbi` sulla sua esistenza, determinerebbe altrimenti – ad avvis` dell` scrivente – l'applicazi` ne dell'art. 530 III° c` . c.p.p.), limitand` al minim` il ric` rs` a valutazi` ni discrezi` nali sulla generale e generica “adeguatezza” della c` nd` tta ` , c` munque, giustificand` il ric` rs` e l'esercizi` di tale p` tere discrezi` nale c` n id` nea ed adeguata m` tivazi` ne, esente da censure e vizi.

Le pr` blematiche s` pra indicate aumentan` ulteri` rmente se s` n` destinate a tr` vare applicazi` ne al cas` c` ncret` n`n le racc` mandazi` ni previste dalle linee guida (che per ip` tesi n`n sian` state, ad esempi` , definite e pubblicate ai sensi di legge), ma le bu` ne prassi clinic` -assistenziali.

Le *buone prassi* s` n` n` rme c` mp` rtamentali sussidiarie e di chiusura (si applican` s` ltant` in mancanza di definizi` ne e pubblicazi` ne delle racc` mandazi` ni) del sistema “rif rmat` ” delle pr` fessi` ni sanitarie.

Se le racc` mandazi` ni avevan` , c` munque, un cert` c` ntenu` di `ggettività ed `biettività (dat` dalla definizi` ne e dalla pubblicazi` ne) – senza però che f sse p` ssibile eliminare dei c` ntenu` s` ggettivi e discrezi` nali insite in esse, c` me chiarit` s` pra – le *buone prassi* n`n presentan` le stesse caratteristiche.

Vediam` perché.

Se le racc` mandazi` ni dev` n` , infatti, essere definite e pubblicate, per le bu` ne prassi tali requisiti n`n s` n` previsti.

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

Tuttavia, la stessa n` rma (alla quale `cc` rre fare riferiment` quant` al c` ncett` di *buone pratiche cliniche assistenziali* previst` dal – successiv` – art. 6, che ha intr` d` tt` , appunt` , l'art. 590-sexies c.p.), n`n prevede espressamente che le bu` ne prassi sian` definite e pubblicate ai sensi di legge, c` ntrariamente a quant` stabilit` per le racc` mandazi` ni.

Anzi.

Prevede che esse tr` vin` applicazi` ne s` l` se n`n ci s` n` racc` mandazi` ni definite e pubblicate.

P` trebbe trattarsi – è `vvi` – di un difett` di c` `rdinament` (d` vut` alla scarsa tecnica legislativa), ma il fatt` che le bu` ne prassi sian` destinate ad `perare s` ltant` in sec` nda battuta, in mancanza di

individuazi` ne e pubblicazi` ne delle racc` mandazi` ni, induce a ritenere ragi` nev` lmente che le bu` ne prassi n` n partecipin` della “pubblicità” delle prime.

Pertant`, le bu` ne prassi clinic` assistenziali n` n hann` quel carattere `ggettiv` , precis` , determinat` e cert` che è l` r` attribuit` dalla definizi` ne e pubblicazi` ne ai sensi di legge.

E quest` c` stituisce sicuramente un pr` blema qual` ra manchin` le racc` mandazi` ni, perché la l` r` mancata validazi` ne ad `pera dell` Stat` (c` n la definizi` ne e pubblicazi` ne) le rende difficilmente vinc` lanti e s` prattutt` categ` rizzabili ed `pp` nibili, di c` nseguenza, ai sanitari.

L`istituzi` ne di un Osservat` ri` delle Bu` ne Prassi – pure previst` dall`art. 3 – n` n sembra id` nea a c` lmare tale lacuna, anche perché d`vrà avvenire mediante decret` del Minister` della Salute (e quindi n` n è anc` ra `perante) ma, s` prattutt` , perché per p`ter racc` gliere una m` le di dati per validare le prassi clinic` - assistenziali (sennò c` me si fa a ritenerle bu` ne?) `cc` rrerà necessariamente lav` r` e temp` , mentre la salute è un bene che deve essere adeguatamente tutelat` , da subit` .

Questa è la più gr`ssa lacuna del criteri` – sussidiari` – delle bu` ne prassi clinic` -assistenziali, che c` munque hann` un alt` c`ntenut` discrezi` nale (che significa bu` ne? è un aggettiv` che implica un giudizi` , espress` sulla base di una scala di val` ri variabile in base al divers` c`ntest` ed ambit` territ` ri` , alle c`ndizi` ni in cui l`assistenza è prestata, etc...)) e s` ggettiv` , e che, pertant` , per la l` r` peculiare natura s`n` destinate a c`mplicare ulteri`rmente l`accertament` – `l`esclusi` ne – della penale resp`nsabilità del sanitari` qual` ra manchin` le racc` mandazi` ni.

D`p` aver individuat` (e tentat` di ris`lvere, per quant` p`ssibile) i pr`blemi applicativi determinati dai nu`vi criteri intr`d`tti per l`esclusi` ne della penale resp`nsabilità dell`esercente delle pr`fessi` ni sanitarie, `cc`rre, a quest` punt` , affr`ntare l`altra questi` ne dei rapp`rti tra il “vecchi`” art. 590-ter c.p. e il nu`v` 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 rif rma p`ne anche un pr`blema (ad avvis` dell`aut`re, f`rse maggi`rmente “abb`rdabile” rispett` a quelli s`pra accennati) di rapp`rti tra il “vecchi`” art. 590-ter c.p. e il “nu`v`” 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, c'è dunque, quale sia la norma di maggior favore per il reato destinata a trattare applicazioni, 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 definite e pubblicate ai sensi di legge* (salve le rilevanti specificità del caso e nonché).

Buone prassi e raccomandazioni non 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 sostanzialmente in via sussidiaria, qualora manchino raccomandazioni previste da linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge, e subordinata rispetto alle raccomandazioni, avendo un rangere inferiore ad esse) e devono essere rispettate entrambe.

La colpa lieve (ci' è una inservanza 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, sostanzialmente (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.

Nessuno.

Occorre anche che le linee guida siano adeguate alle specificità del caso e nonché, ciò è 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 – tranne per 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 rendere cedimentalizzare l'attenzione all'esercizio delle professioni sanitarie, dimenticandone che esse sono non solo scienza e tecnica ma, al contrario, un'arte, che viene esercitata tenendo conto delle prerogative, come le scienze, cultura e preparazione di ogni sanitario e che partecipa (e vive) del livello qualitativo ed in una certa misura differenziato e offerto dal singolo professionista.

Imporre, dunque, al sanitario di rispettare, meccanicamente, raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate *ex lege* (quindi entro dirette e calate dall'alto, dall'Ente che ne ricopre la validità ed operatività) da un lato trasforma la professione sanitaria che è pur sempre un'arte in una tecnica standardizzata e in una metà d'una dal contenuto generalizzato e qualitativamente ridotto, impoverendone il contenuto e il pregio dell'opera prestata in favore del paziente, come un rischio 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 impostata in relazione al caso incrementa il rischio del rischio a seconda del punto di vista probatorio per l'accertamento, al di là di ogni ragione o dubbio, della (necessaria) sussistenza del nessuno di causalità tra la condotta "imperita" del sanitario e l'eventuale dannosità, comunque, dell'efficienza causale della condotta complessivamente tenuta.

Infine, aspettano non trascurabile, l'aver previsto come criteri sussidiari (e non più come criterio principale) 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 contenuto rancore rispetto sia delle linee guida che delle buone prassi) le buone prassi-clinic assistenziali destinati ad operare in mancanza di raccomandazioni – senza averne imposto, al pari delle raccomandazioni, la definizione e pubblicazione ai sensi di legge, ma, soprattutto, rimettendo la responsabilità di tali dati al contestuente. Osserviamo che questa scelta di politica legislativa che aumenterà, prevedibilmente, le incertezze applicative ed interpretative, visto che le buone prassi non hanno natura obiettiva ma, al contrario, hanno contenuto altamente

discrezioni` nali e variabile a seconda del territorio, delle condizioni` di e dell'ambito` in cui vengono esercitate le pre` fessi` di sanitarie, della scala di valori presa in considerazione, dei risultati otttenuti etc....

Si tratta di lacune ed aperture che solitamente sono peraltro del diritto e tranne che il mare (però, e questo è il problema, in parte creando, e non solo applicando, le regole integrando il portato normativo e non 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 pre` fessi` di sanitarie in un caso concreto, attivando si 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 "riforma" non ci sembra un grande apprezzamento, quantunque piuttosto una riconferma dell' *status quo*, sia pure sotto diverse (e mentite) spiegazioni).

Poggibonsi/Siena, il 25.05.2017

Avv. Riccardo Dainelli