

Camera Penale di Pescara
aderente all'Unione Camere Penali Italiane

Gruppo di Studio e Ricerca Scuola di Formazione e Qualificazione dell'Avvocato Penalista

XVI CORSO DI FORMAZIONE DEL PENALISTA

20.05.2022

Materia: Diritto penale

Relatori: Avv. Gianfranco Iadecola, Avv. Giulia Lauriti

Argomento: **LA PROVA DELLA COLPA**

SCHEDE DIDATTICHE n. 3

NORMATIVA

artt. 42 e 43 c.p.

*** **

DOTTRINA

BELTRANI, Corso di Diritto Penale, Parte generale e parte speciale, Milano, 2007, pp. 197 ss.

FIANDACA – MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, Bologna, 2007, pp. 533 ss.

MANTOVANI, Diritto Penale, Padova, 1979, pp. 303 ss.

*** **

Art. 43 co. 1 c.p. *“il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza, imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.*

La colpa è un elemento costitutivo del reato, afferente, in particolare, l'aspetto soggettivo.

In tale ottica la condotta colposa risulta imputabile all'agente, nonostante il difetto di volontà (al contrario del dolo), dal momento che l'evento viene cagionato a causa della inosservanza delle regole di condotta, che costituiscono gli elementi oggettivi specifici dell'imputazione soggettiva a titolo di colpa.

Trattasi, pertanto, di elemento soggettivo tipico, alternativo al dolo ed alla preterintenzione e, per i delitti, costituisce eccezionale criterio di imputabilità, come prevede espressamente l'art. 42 co. 3 c.p.: *“la legge determina i casi nei quali l'evento colposo è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione”.*

Al contrario, per le contravvenzioni, l'addebito a titolo di dolo o colpa risulta alternativo, configurandosi in ogni caso una responsabilità (art. 42 co. 4 c.p.), a meno che sia la legge stessa a ritenere rilevante tale distinzione, ai fini di determinati effetti giuridici (art. 43 ult. co.).

La colpa costituisce la soglia minima di rimproverabilità a carico dell'agente, a fronte di fatti che *“si verificano per una deficienza di valore, cioè perché la volontà non ha operato come doveva: essi risalgono per ciò stesso al volere del soggetto agente, del quale rispecchiano un atteggiamento antidoveroso”* (Cass. Pen., S.U., 18.11.1958).

Si sottolinea la distinzione tra la colpa generica e la colpa specifica. In particolare, la colpa si dice generica quando la regola cautelare violata ha una fonte sociale (negligenza, imprudenza od imperizia); specifica quando la fonte è giuridica (violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline).

Con riferimento alla **colpa generica**: la negligenza indica un difetto di diligenza riferita ad una condotta che prescrive un fare: difetto di diligenza si verifica nei casi di distrazione, inerzia, disaccortezza (Es. guidare ad alta velocità con le gomme lisce); l'imprudenza indica un difetto di diligenza in ordine ad una condotta che non doveva intraprendersi o doveva intraprendersi con altre modalità, ossia non sono state adottate le dovute cautele (Es. pulire l'arma puntandola sull'amico); l'imperizia, invece, è assenza di diligenza nella pratica professionale, consiste nel compiere un'attività senza averne le cognizioni tecniche necessarie (Es. manovrare un'arma senza sapere come funziona: si ritiene che per configurarsi imperizia non basti la semplice mancanza di cognizioni tecniche ma occorra un'insufficiente preparazione di cui l'agente, pur essendone consapevole, non abbia tenuto conto).

La **colpa specifica**, invece, è integrata dalla inosservanza della regola cautelare imposta dalla legge, dal regolamento, dall'ordine o dalla disciplina (purché l'evento cagionato sia proprio quel tipo di evento che la norma cautelare intenda scongiurare, a presidio di interessi meritevoli di espressa tutela, c.d. concretizzazione del rischio su cui si tornerà più avanti nel testo).

Diversamente, perchè possa dirsi accertato un addebito a titolo di colpa generica, caratterizzata dall'assenza di regole cautelari *ad hoc* da seguire con la dovuta diligenza, si rende necessario effettuare a carico dell'agente il cd. giudizio di *prevedibilità* dell'evento dannoso.

Nel dettaglio, si ritiene che la colpa (generica) sussista quando l'evento era prevedibile, in base alle regole di comune esperienza, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto conosciute o conoscibili dall'agente.

Si tratta, in particolare, di tutte quelle regole della comune esperienza che assurgono a criterio medio di diligenza poiché ripetute nel tempo, tali da consolidare giudizi circa la pericolosità di determinati comportamenti, nonché sui mezzi più idonei ad evitare conseguenze dannose.

In tal senso, la **“evitabilità”** e **“prevedibilità”** di un evento costituiscono i criteri per individuare le misure cautelari più idonee da adottare, in ogni situazione concreta, al fine di scongiurare un qualsiasi evento dannoso.

Anche l'imputazione a titolo di colpa specifica si fonda sui medesimi giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso da parte del soggetto agente, con la differenza che le regole cautelari scritte e normative, e pertanto il giudizio prognostico sul pericolo nonché sui mezzi idonei ad evitarlo, è già valutato *ex ante* dall'autorità che emana la disposizione cautelare.

Il giudizio sulla prevedibilità dell'evento va necessariamente effettuato in base al parametro del cd. *homo eiusdem professionis et condicionis*, ossia in base al parametro della diligenza e della perizia richieste a colui che svolga il medesimo mestiere, ufficio o professione e che si trovi nelle stesse condizioni del soggetto agente.

In tal senso, il dovere di diligenza può concretizzarsi: nell'obbligo di astenersi da una determinata condotta a fronte di una valutazione di un rischio troppo elevato del verificarsi dell'evento dannoso (es. dopo un malore improvviso sarebbe opportuno non mettersi immediatamente alla guida di una autovettura); nell'adozione di misure cautelari idonee a scongiurare un qualsiasi pericolo; nell'onere di preventiva informazione e, da ultimo, nell'obbligo di controllare l'altrui operato.

Salvo il **caso fortuito** oggettivamente qualificabile: secondo l'orientamento seguito da numerosi precedenti giurisprudenziali di legittimità, sarebbe da escludere la configurabilità del caso fortuito ogni qual volta la violazione della regola cautelare abbia avuto efficacia causale sul verificarsi dell'evento. (Cass. Pen., sez. III, 1814/97, Rosati, rv. 209868; sez. III, 6954/96, Paggiu, rv. 205721; sez. IV, 2983/92, Deodori, rv. 189647; sez. IV, 4220/88, Savelli, rv. 180850). Anche nella logica soggettiva del caso fortuito l'uscita dall'ambito della possibilità di previsione deve assumere un carattere di straordinarietà tale da rendere l'evento assolutamente imprevedibile: il caso fortuito deve avere caratteristiche tali da evadere totalmente dalla possibilità di previsione dell'agente proprio per le caratteristiche di straordinarietà che lo caratterizzano, deve essere completamente avulso dalle possibilità conoscitive dell'agente (Es. caso fortuito è l'investimento di una persona caduta dalla finestra).

Nel giudizio di prevedibilità, ai fini dell'addebito a titolo di colpa, si rende necessario tener conto altresì di un ulteriore elemento: la violazione della regola cautelare in sé, non è sufficiente, potendo essere considerata causa dell'evento la condotta inosservante non di una regola quale che sia, ma di quella prescrizione che è atta ad evitare proprio eventi di quel tipo.

L'evento accaduto deve essere **concretizzazione del rischio** specifico che la regola cautelare mirava ad evitare.

La responsabilità per colpa, sia essa generica o specifica, va allora circoscritta a quegli eventi lesivi di beni giuridici che il rispetto della norma cautelare violata avrebbe evitato, beni giuridici che rientrano quindi nello scopo di protezione della regola violata.

E' quanto statuito dalla giurisprudenza di legittimità: *“In tema di delitti colposi, ai fini dell'elemento soggettivo, per potere formalizzare l'addebito colposo, non è sufficiente verificare la violazione della regola cautelare, ma è necessario accertare che tale regola fosse diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi, altrimenti si avrebbe una responsabilità oggettiva giustificata dal mero versarsi in re illicita. Ne consegue che occorre verificare la cosiddetta "concretizzazione del rischio" ("realizzazione del rischio"), che si pone sul versante oggettivo della colpevolezza, come la prevedibilità dell'evento dannoso si pone più specificamente sul versante soggettivo e la relativa valutazione deve prendere in considerazione l'evento in concreto verificatosi per accertare se questa conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire”*. (Cassazione penale, sez. IV, 17/05/2006, n.4675; Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 13 luglio 2017, n. 34375).

Tale giudizio in ordine alla effettiva prevedibilità dell'evento, assurge a paradigma fondamentale per l'accertamento della condotta colposa, la quale non si ritiene sussistente, come mero automatismo, con la violazione di una norma cautelare che si aveva l'obbligo di rispettare: *“La titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante imponendo il principio di colpevolezza la verifica, in concreto, sia della sussistenza della violazione, da parte del garante, di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta "concretizzazione del rischio"), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso. In quest'ottica va inoltre sottolineato che la responsabilità colposa non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati, ma è limitata ai risultati che la norma stessa mira a prevenire. Inoltre il profilo causale della colpa più strettamente aderente al rimprovero personale implica che l'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata (il cosiddetto "comportamento alternativo lecito") non avrebbe comunque evitato l'evento: infatti, in tema di reati colposi, l'addebito soggettivo dell'evento richiede non solo che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee, non potendo invece essere ascritto per colpa un evento che, con una valutazione ex ante, non avrebbe potuto comunque essere evitato”*. (Cassazione penale, sez. IV, 02/07/2019, n.43652)

Parimenti, il dovere di diligenza incontra dei limiti, primo tra tutti il cd. rischio consentito, in relazione a tutte quelle attività pericolose per natura, di rilievo sociale o addirittura di pubblica utilità, in cui la soglia di punibilità dell'evento dannoso è inevitabilmente più elevata rispetto alle attività comuni, richiedendo in ogni caso un maggiore grado di diligenza e perizia al fine di ridurre il più possibile il rischio consentito (es. la produzione di esplosivi e sostanze tossiche nelle industrie oppure nel campo della ricerca scientifica).

Ulteriore limite è costituito altresì dal cd. affidamento all'altrui comportamento, quale principio ormai pacifico in giurisprudenza, secondo cui ciascun consociato può confidare nella diligenza altrui, in base al parametro imposto dal modello dell'attività svolta (Cassazione Penale, sez. IV, n. 4793/1991).

In relazione alla struttura del reato colposo, in dottrina vige, inoltre, la distinzione tra colpa propria ed impropria. La prima rappresenta il modo tipico in cui si manifesta la colpa, cioè il caso in cui manca la volontà dell'evento, essendo caratterizzata dall'assenza di intenzione a cagionare l'evento. La colpa impropria, invece, si ha in quei casi eccezionali in cui l'evento è voluto ma l'agente risponde ugualmente di reato colposo (es. art. 47 c.p. errore di fatto determinato da colpa, art. 55 c.p. eccesso colposo nelle cause di giustificazione, art. 59 co. 4 c.p. relativo alla erronea supposizione, per colpa, circa l'esistenza di cause di giustificazione).

Elemento tipico della colpa, quindi, è l'assenza di volontà. Ciò non comporta necessariamente l'assenza della previsione, atteso che in alcuni casi l'agente, pur non volendo commettere il reato, rappresenta comunque l'evento quale possibile conseguenza dannosa della sua condotta, scegliendo in ogni caso di agire. Questa è la definizione della **c.d. colpa cosciente**, la quale si differenzia da quella cd. incosciente proprio perché, seppure in maniera attenuata e non in termini di certezza, nel giudizio di prevedibilità circa l'evento, non si accetta il rischio, sperando di evitarlo con la propria condotta e con la propria capacità. In tal senso la previsione dell'evento non esclude la colpa, perché si può prevedere un evento e nonostante tutto non volere che questo capiti (Es. chi guida in un'autostrada superando notevolmente i limiti di velocità sa che potrà andare fuori strada, ma fa di tutto per evitarlo, confidando nella sua abilità di guidatore). In tale ottica la colpa cosciente si pone ai confini col dolo eventuale: entrambi sono accomunati dall'assenza di volontà ed intenzione in ordine al fatto voluto ma la differenza può individuarsi nell'atteggiamento del soggetto agente con un giudizio di prognosi postuma. Se, per colui che ha agito, l'evento provocato è indifferente (nel senso che avrebbe tenuto la sua condotta comunque, anche se avesse saputo in anticipo di commettere quel determinato reato), si ha dolo eventuale; al contrario, qualora il soggetto, nella consapevolezza di poter commettere un reato, non avrebbe posto in essere la sua condotta, si configura la colpa con previsione.

Ed è proprio il concetto della mancata accettazione del rischio che si realizzi l'evento dannoso, il *discrimen* col cd. dolo eventuale.

Ed infatti, il concetto di previsione e non accettazione del rischio, tipico della colpa cosciente, comporta una maggiore rimproverabilità del comportamento, essendo sintomatici della crescente intensità dell'elemento soggettivo fino a rendere la colpa cosciente, altresì, una circostanza aggravante comune (art. 61 n. 3 c.p.).

Bisogna, inoltre, sottolineare che **il grado della colpa** è indicato dall'art. 133 co. 1 n. 3 c.p. tra i parametri rilevanti per la valutazione della gravità del reato, nella commisurazione della pena.

Tanto premesso, in rapporto alla esigibilità dell'osservanza, il grado della colpa sarà maggiore quando la condotta, qualora evitata, avrebbe sicuramente impedito l'evento.

Il grado della colpa andrà altresì valutato in ordine alla esigibilità dell'osservanza della norma cautelare, in base alle concrete esperienze e competenze dell'agente (Es. un errore di diagnosi di un clinico specialista sarà più grave di quello di uno specializzando).

In relazione alla colpa c.d. incosciente il criterio di graduazione della colpa in base alla maggiore o minore prevedibilità ed evitabilità dell'evento vale non solo per la colpa generica, ma anche per la colpa specifica, rispetto alla quale la prevedibilità rileva ai fini dell'accertamento non dell'*an* ma del *quantum* della colpa specifica (Mantovani).

Da ultimo, rilevante ai fini del giudizio di rimproverabilità e, quindi, del grado della colpa, risulta altresì il contegno della vittima: qualora la stessa abbia posto in essere comportamenti in violazione di norme cautelari, concorrendo al verificarsi dell'evento sarà possibile ridurre il grado della colpa in capo all'agente stesso.

Brevi cenni, inoltre, riguardano la configurabilità del concorso altresì nel reato colposo. L'articolo 113 c.p. è inserito nella disciplina del concorso di persone, ma concerne il reato colposo, in quanto prevede la particolare ipotesi della cooperazione colposa:

"Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di esse soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.

La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112".

Un tipico esempio riguarda il caso di chi presti la propria vettura ad un minorenne, nella consapevolezza che lo stesso sia privo di patente ed infatti investe un passante. In tale ottica risulta fondamentale il legame psicologico tra i soggetti agenti, legame che comporta la pari rimproverabilità per ognuno degli agenti, avendo gli stessi contribuito alla violazione di regole cautelari.

*** **

UN CASO DI COLPA SPECIFICA: LA PROVA DELLA COLPA MEDICA

NORMATIVA

Art. 590 *sexies* c.p.

*** **

DOTTRINA

PIRAS, L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti, DPC 2019

*** **

Art. 590-sexies (responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario)

Se i fatti di cui agli artt. 589-590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

La prova della colpa assume rilevanza dirimente nell'ambito dell'accertamento penale nei confronti del sanitario, anche al fine della possibile applicabilità della causa di esclusione della colpa, oggi espressamente regolata dall'art. 590 *sexies* c.p..

La giurisprudenza e la dottrina hanno avuto modo di intervenire in plurime occasioni in relazione alla possibilità di escludere la responsabilità penale per morte o lesioni nei confronti del sanitario cui sia ascrivibile un addebito a titolo di colpa lieve.

In particolare, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 166 del 28.11.1973, ha anticipato come nel diritto penale, l'accertamento della responsabilità del sanitario non possa prescindere dall'applicazione del parametro civilistico ex art. 2236 c.c. per cui, laddove la prestazione implichi una soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, l'esercente la professione sanitaria risponde in caso di dolo o colpa grave, riconoscendo, dunque, la possibilità di esclusione dell'addebito penale a titolo di colpa lieve limitatamente ai soli casi, dunque, di violazione di norme di perizia (laddove, invece, per le altre due forme di colpa, ovvero la diligenza e la prudenza, ha stabilito la Consulta nell'occasione, *ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità*, non potendosi quindi escludere la responsabilità del professionista nei casi di acclarata negligenza o imprudenza, seppure di grado lieve).

In tempi recenti, il Legislatore, prima con la riforma introdotta con il c.d. Decreto Balduzzi (art. 3, c. 1, D.L. 158/2012 conv. l. 189/2012), e, da ultimo, con la riforma introdotta (e, ad oggi vigente) con la c.d. Legge Gelli – Bianco (art. 6 L. 24/2017), ha espressamente disciplinato la responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario e, segnatamente, i casi di esclusione della responsabilità penale del

professionista, che dipendono, nell'attuale assetto codicistico, proprio dall'accertamento del grado e del tipo della colpa che risulti ascrivibile al medico.

Il Legislatore, con l'art. 6 L. 24/2017 (c.d. Legge Gelli - Bianco), introduce nel Codice Penale l'art. 590 *sexies* quale nuova fattispecie di “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”, abrogando l'art. 3, c. 1, D.L. 158/2012 conv. l. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi), con la quale era stato previsto che “*L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività si attiene alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Il Giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*”.

Occorre premettere che l'art. 3 del D.L. 158/2012 conv. l. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi) aveva introdotto una esenzione della responsabilità penale per i comportamenti del sanitario conformi alle linee guida ed alle buone pratiche cliniche, senza esonerare, tuttavia, in tale caso il professionista dalla responsabilità civile, e senza esonerarlo, in ogni caso, dalla responsabilità penale per dolo o colpa grave (l'esonero della responsabilità penale del sanitario era stata quindi prevista dalla Legge Balduzzi per i casi in cui il sanitario, al momento della prestazione, si fosse attenuto alle linee guida, alle buone pratiche accreditate ed avesse commesso il fatto per colpa lieve, cd. errore scusabile).

A seguito della introduzione della normativa del 2012 era sorta a livello interpretativo la questione relativa all'applicabilità dell'art. 3 della citata legge anche alle condotte negligenti ed imprudenti ascrivibili al sanitario.

Alcune pronunce limitavano l'operatività della portata scriminante della norma introdotta nel 2012 alla sola colpa lieve per imperizia (cfr. Cass. Pen., sez. IV, n. 16994 del 20.03.2015 Rota; sez. IV n. 7346 del 08.07.2014 Sozzi; sez. III n. 5460 del 04.12.2013 Grassanini): la Corte di Cassazione, infatti, precisava: “*le linee guida contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza ed imprudenza*” (Cass. Pen., sez. VI, 24.01.2013 N. 11493).

Altre pronunce, al contrario, ritenevano applicabile, nell'ottica del *favor rei*, l'esonero della responsabilità previsto dalla riforma del 2012, altresì a negligenza ed imprudenza (Cass. Pen., sez. IV, n. 23283 del 11.05.2016, Denigri; sez. IV, n. 45527 dell'01.01.2015 Cerracchio; sez. IV, n. 47289 del 09.10.2014 Stefanetti).

Dopo l'intervento della riforma, nel silenzio della legge, si erano anche contrapposte svariate interpretazioni giurisprudenziali circa il concetto di colpa ed il parametro delle linee guida, richiamato assai genericamente.

A fronte di un quadro interpretativo della novella legislativa del 2012 così frammentato, il Legislatore, nel 2017, è, quindi, nuovamente intervenuto a disciplinare la materia della responsabilità penale ascrivibile al medico, introducendo le disposizioni di cui all'art. 590 *sexies* c.p., con le quali, tra l'altro, ha, come anticipato, abrogato la riforma introdotta con l'art. 3, c. 1 del decreto-legge 13 settembre 2012 n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

La novella del 2017, a differenza dell'art. 3 co. 1 del D.L. 158/2012, non contiene alcun riferimento al grado della colpa, quale discrimine per la rilevanza penale della condotta.

Altra differenza essenziale è che la novella limita espressamente alla sola colpa per imperizia la non punibilità dell'agente che abbia rispettato le linee guida, ponendo fine al contrasto giurisprudenziale già citato.

Come emerge dal dato letterale, tuttavia, per integrare la non punibilità non è sufficiente attenersi alle linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali (come previsto dalla Legge Balduzzi), ma occorre che tali raccomandazioni risultino *adeguate alla specificità del caso concreto*.

Anche sull'interpretazione della nuova regola di parametro della colpa si sono alternate due visioni giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento (cfr. Cass. Pen., sez. IV, n. 28187 del 20.04.2017, cd. Tarabori) l'art. 590 *sexies* c.p. detterebbe una *nuova regola di parametrizzazione in ambito sanitario* fondato su *costituti regolativi precostituiti* (ossia le linee guida come definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017), al contempo ponendo fine alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, contenuta nella precedente disciplina: *“Il nuovo regime dell'art. 590 sexies c.p. si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma giacché introduce un trattamento sfavorevole rispetto all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189, nella misura in cui non prevede alcun riferimento alla gravità della colpa; quest'ultima potrà comunque essere valutata dal giudice, ai sensi dell'art. 2236 c.c., in sede di formulazione dell'addebito di imperizia, in presenza di situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficili dall'urgenza”*.

Nell'ottica della suddetta Sentenza, inoltre, il comma 2 dell'art. 590 *sexies* c.p. sarebbe limitato alla sola imperizia, a differenza della precedente disciplina. Pertanto, l'abrogazione dell'art. 3 comma 1 d.l. 158 del 2012 ad opera dell'art. 6 l. 64 del 2017, comporta la reviviscenza della precedente e più severa disciplina che non operava distinzione alcuna sul grado della colpa, dato che la novella del 2017 non contiene riferimento alcuno al grado della colpa.

Al citato orientamento si è contrapposta una giurisprudenza di legittimità più recente (Cass. Pen., sez. IV, n. 50078 del 19.10.2017, Cavazza), la quale ha interpretato la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 590 *sexies* c.p. come una vera e propria causa di esclusione della punibilità, per il solo caso di imperizia, ma a

prescindere dal grado della colpa. Ciò per ritenere la novella quale norma più favorevole rispetto la legge Balduzzi.

In tale ottica, secondo la Suprema Corte nella citata sentenza, sia la colpa lieve che quella grave sarebbero indifferentemente ricomprese nel *novum normativo*, atteso che la finalità della riforma è proprio quella di *favorire la posizione del medico riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile*. Per evitare ingiuste rappresaglie e promuovere la serena iniziativa del professionista sanitario.

Tale esclusione della punibilità è limitata alla imperizia che, secondo la tesi citata, deve verificarsi non al momento della scelta delle linee guida, bensì nella fase dell'esecuzione. Infatti il criterio dell'adeguatezza delle linee guida al caso concreto riguarda la scelta delle stesse nel momento antecedente la loro applicazione.

Il contrasto interpretativo tra le due tesi giurisprudenziali appena citate è stato rimesso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 8770 del 21.12.2017, Mariotti, hanno formulato i seguenti principi di diritto: *l'esercente della professione sanitaria risponde a titolo di colpa per morte o lesioni personali derivanti dall'attività medico-chirurgica a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta delle linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per "colpa grave" da imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.*

In adesione all'ultima tesi (Sent. Cavazza), pertanto, le Sezioni Unite della Cassazione ritengono che l'art. 590 *sexies* c.p. disciplini una causa di non punibilità in senso tecnico, operativa nei soli casi in cui l'esercente abbia adottato linee guida adeguate al caso concreto, versando solamente in colpa lieve da imperizia, nella fase attuativa delle raccomandazioni stesse. La causa di non punibilità, quindi, non opera nei casi di negligenza ed imprudenza, né in assenza di linee guida o buone pratiche, nè qualora le linee guida siano individuate od applicate dal sanitario in maniera non adeguata in relazione al caso concreto.

Pertanto, le Sezioni Unite ritengono norma più favorevole l'abrogato art. 3 d.l. 158/2012, rispetto al vigente art. 590 *sexies* c.p., sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve nell'imperizia, nella scelta delle linee guida applicate al caso concreto.

I principi di diritto elaborati dalle Sezioni Unite Mariotti sono stati immediatamente applicati dalla successiva giurisprudenza di legittimità, che ha precisato, in relazione ai criteri di valutazione che deve rispettare l'organo giudicante, che: *“la motivazione della sentenza di merito deve indicare se il caso concreto sia regolato*

da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza), appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali (Cass. Pen. sez. IV, n. 37794/2018).

Al riguardo si evidenzia che la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente tale obbligo di motivazione anche in relazione alla disciplina precedente alla Legge Balduzzi, dove ha osservato: *“per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 158/2012 è viziata la motivazione della sentenza che ometta di valutare se la condotta del sanitario sia riconducibile a raccomandazioni previste da linee guida o a buone pratiche clinico assistenziali, se si sia discostata da tali parametri, se integri colpa per imperizia, ovvero per negligenza o imprudenza, e se la colpa sia da considerare lieve o grave.”* (Cass. Pen., Sez. IV, n. 24384/ 2018).

In conclusione, al momento attuale, l'accertamento del tipo e del grado della colpa in cui sia incorso il sanitario costituisce un momento dell'accertamento fondamentale anche al fine della possibile invocabilità della causa di esclusione della responsabilità penale disciplinata dall'art. 590 *sexies* c.p..

Da ultimo, si richiama l'orientamento giurisprudenziale più recente (Corte di Cassazione penale sez. IV, 03/02/2022, n.7849) che definisce in termini netti la portata delle linee guida non come rigidi assiomi ma principi da applicare al caso concreto, costituendo vere e proprie: *“raccomandazioni di ordine generale, che contengono "regole" cautelari di massima, flessibili e adattabili, prive di carattere precettivo, rispetto alle quali è fatta salva la libertà di scelta professionale del sanitario nel rapportarsi alla specificità del caso concreto, nelle sue molteplici varianti e peculiarità e nel rispetto della "relazione terapeutica" con il paziente”*.

Una particolare attenzione, inoltre, si rivolge al neo art. 3 D.L. 1 aprile 2021, n. 44, recante *“Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-linee2, di giustizia e di concorsi pubblici”*, e convertito dalla L. n. 76 del 2021.

Nello specifico, l'art. 3 prevede che per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'art. 1 del comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione.

Si tratta, pertanto, dell'esonero da responsabilità penale (e non civile) per coloro che somministrano i vaccini sussistendo le seguenti condizioni: a) il verificarsi dell'evento morte o lesione del soggetto vaccinato; b) la sussistenza del rapporto di causalità tra la somministrazione del vaccino e l'evento; c) la conformità della somministrazione alle regole cautelari.

Il presupposto è in ogni caso il rispetto delle regole cautelari di riferimento per l'attività di vaccinazione, ovvero delle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio del vaccino da parte delle competenti Autorità e delle circolari pubblicate sul sito internet istituzionale del Ministero della salute.

Detta causa di esclusione della punibilità è circoscritta ai casi di attività sanitaria di inoculazione dei vaccini contro SARS-CoV-2/Covid-19, ovvero alla fase di somministrazione vera e propria e a quella prodromica svolta dal medico o dall'infermiere.

L'articolo richiamato ha natura speciale rispetto l'art. 590-sexies c.p.: le cautele indicate dall'art. 3 del d.l. n. 44/2021 sono svincolate dal sistema nazionale delle linee guida e dalla formalizzazione richiesta dall'art. 5 della l. n. 24 del 2017.

In sede di conversione (con la legge 76/2021, art. 1) è stato altresì introdotto l'art. 3 bis d.l. 44/2021, con il quale è stata prevista un'ulteriore causa di esclusione della punibilità. L'art. 3 bis, rubricato “Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19”, stabilisce che:

“1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”.