

La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP

**Colpa penale sanitaria = inosservanza cautelare + deviazione rilevante dalla regola
di diligenza + rischio irragionevole + esigibilità contestuale**

*Andrea Perin **

THE REDEFINITION OF CRIMINAL MEDICAL NEGLIGENCE ACCORDING TO THE IAPCL DRAFT PROPOSALS:
*CRIMINAL NEGLIGENCE = VIOLATION OF THE DUTY OF CARE + SIGNIFICANT DEVIATION FROM THE
STANDARD OF CARE + UNREASONABLE RISK + CONCRETE POSSIBILITY TO COMPLY WITH THE STANDARD
OF CARE*

ABSTRACT: This paper deals with two draft articles drawn up by the Subgroup of the Italian Association of Professors of Criminal Law (IAPCL/AIPDP) in charge of writing a proposal for a new liability regime for criminal negligence of health professionals. Before turning to the analysis of the drafts, the author highlights the main reasons why the legislator should abandon the current regulatory model (art. 590-*sexies* of the Criminal code). Concluding remarks tackle the path undertaken towards the redefinition of special statutes of criminal negligence within the Italian criminal doctrine.

KEYWORDS: Italian Association of Professors of Criminal Law; Medical malpractice; Gross Negligence; Unzumutbarkeit; Penal Reform

ABSTRACT: Questo articolo esamina le due bozze di riforma elaborate dal Sottogruppo della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) incaricato di formulare una proposta per una nuova disciplina della responsabilità per colpa penale degli esercenti le professioni sanitarie. Prima di volgere all'analisi degli articolati, vengono schematizzate alcune ragioni fondamentali che evidenziano l'esigenza di superare il modello normativo attuale (art. 590-*sexies* c.p.). Riflessioni conclusive vengono quindi dedicate al cammino intrapreso verso la ridefinizione di statuti differenziati di colpa penale.

PAROLE CHIAVE: Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale; Colpa medica; Colpa grave; Inesigibilità; Riforma penale

* *Ricercatore di Diritto penale; Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia. Mail: andrea.perin@unibs.it. La prima parte di questo articolo (§§ 2-4) riflette, salvo lievi modifiche, l'intervento svolto dall'autore nel corso del seminario "La riforma dei delitti contro la persona. Reati colposi contro la persona" (1° ottobre 2021), organizzato dalla Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale, e coordinato dal prof. Andrea Castaldo. Gli Atti sono raccolti in un volume collettaneo a cura della AIPDP e DiLaP, in corso di pubblicazione. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le proposte della AIPDP in materia di colpa penale in ambito sanitario. – 2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina. – 3. Analisi della prima bozza di articolato. – 3.1. Primo comma: la "non punibilità" salvo colpa grave. – 3.2. Secondo comma: la colpa grave fra disvalore della condotta e disvalore di evento. – 3.3. Terzo e quarto comma: "inesigibilità contestuale" ed esclusione della colpa grave in concreto. – 4. Considerazioni di sintesi sulla prima bozza. – 5. La seconda bozza di articolato: l'ulteriore rilevanza riconosciuta alle particolarità del contesto. – 6. Scansione analitica e configurazione sistematica della colpa concretamente-grave. – 6.1. Il rapporto fra la colpa civile e la colpa penale: alcune equazioni definitorie. – 6.2. Il principio di affidamento come «pietra angolare della tipicità colposa» e il giudizio comparativo di colpa relazionale-grave. – 7. Statuti differenziati di colpa penale? Spunti di metodo e di merito.

1. Introduzione. Le proposte della AIPDP in materia di colpa penale in ambito sanitario

Questo contributo si compone di due parti. La prima (§§ 3-4) esamina la *prima bozza* di articolato elaborata dal Sottogruppo della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) incaricato di formulare una proposta di riforma del regime di responsabilità per colpa penale degli esercenti le professioni sanitarie («Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie»)¹. La seconda parte (§§ 5-6) considera invece la *seconda bozza* elaborata dal medesimo Sottogruppo, che presenta una nuova proposta di disciplina («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»), aggiornata rispetto alla precedente tenendo conto di alcuni suggerimenti che, su iniziativa della stessa AIPDP, in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (DiPLaP), ne hanno accompagnato la pubblicazione².

| Prima bozza: «Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie» | Seconda bozza: «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario» |
|---|--|
| <p>1. Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p> | <p>1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-bis sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave.</p> <p>2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.</p> |

¹ La prima bozza di articolato e la *Relazione* a cura del prof. Matteo Caputo, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, sono disponibili nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3lejBpc> (ultima consultazione 25/5/2022).

² Anche la seconda bozza di articolato e la nuova *Relazione*, a cura del prof. Matteo Caputo, sono pubblicate nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3tYOKYP> (ultima consultazione 25/5/2022).

| | |
|---|--|
| <p>3. Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.</p> | <p>3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative.</p> <p>4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.</p> |
|---|--|

Testo delle due bozze di articolato oggetto di analisi.

Prima di volgere all'analisi delle citate proposte, vengono schematizzate le ragioni fondamentali che, alla luce dell'esperienza applicativa e della discussione scientifica degli ultimi anni, evidenziano l'esigenza di superare il modello normativa attuale (§ 2). Riflessioni conclusive vengono quindi dedicate al cammino intrapreso verso la ridefinizione di statuti differenziati di colpa penale (§ 7).

2. L'esigenza di superare l'attuale modello di disciplina

I motivi fondamentali di ordine teorico e pratico alla base dell'esigenza di riscrivere la disciplina di cui all'art. 590-*sexies*, c.p., introdotto dalla L. 24 dell'8 marzo 2017 (cd. riforma *Gelli-Bianco*), si riflettono chiaramente nella *Relazione* che accompagna la *prima proposta* di articolato AIPDP in questa materia³. La tecnica normativa che accomuna le ultime riforme, la cd. *Balduzzi* (2012) e la vigente *Gelli Bianco* (2017), consiste nel ricorso ad elementi definitori dotati di un elevato tasso di oggettività – linee guida e buone pratiche mediche –, con un duplice obiettivo: (i) una più chiara e netta definizione (etero-integrazione) della tipicità-colposa; (ii) una sensibile riduzione dell'ambito della punibilità in ambito sanitario.

Entrambi i propositi – legati, da una parte, ad esigenze individual-garantiste di legalità e prevedibilità del diritto e, dall'altra, all'opportunità politico-criminale di ridurre il “rischio penale” che incombe sui professionisti sanitari e che può indurli a praticare una “medicina alla difensiva” –, sono oggetto di ampio consenso fra i penalisti; tuttavia, gli esiti della strategia adottata non sono stati quelli auspicati⁴.

³ Per accedervi, v. *supra*, nt. 1.

⁴ Con particolare riferimento alle criticità del modello *Gelli-Bianco* e alla soluzione interpretativa di compromesso adottata in Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, *Mariotti*, cfr., fra i tanti, anche

Fra le maggiori criticità – intimamente intrecciate – emerse dall’esperienza degli ultimi anni, possiamo schematicamente ricordare: (a) quelle di ordine epistemologico e normologico, legate alla difficoltà di dotare di un maggior grado di tassatività la fattispecie colposa ricorrendo alla individuazione/definizione di parametri di “perizia” standardizzati⁵; (b) problemi pratici di sistematizzazione, certificazione e aggiornamento delle linee-guida rilevanti⁶; (c) il rischio di indurre i giudici a sopravvalutare il potere normativo delle linee-guida e delle prassi cautelari, favorendo affermazioni automatiche di

per altri riferimenti: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 261 ss., 344 ss., 417 ss.; A. MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, 1 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 6, 53 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari». Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590-sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 24 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 5, 233 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; C. CUPELLI, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione «costituzionalmente conforme» dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 246 ss.; ID., *L’anamorfose dell’art. 590-sexies c.p. L’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ e i problemi irrisolti dell’imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1969 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell’imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, 25 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 137 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021, 71 ss.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, 28 ss., 36 ss., 49 ss.; P. PICCIALI, *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in ID. (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 139 ss.; F. BASILE, P.F. POLI, *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2022, 10 ss., 20 ss.

⁵ Coglie l’ispirazione “scienziata” delle ultime riforme (Balduzzi e Gelli-Bianco) M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in M. DONINI (dir.), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto – I Tematici*, Milano, 2021, 160 ss., 169 ss., 175 ss. Analoga filosofia normativa appare sottesa anche alle dottrine che propongono la riconduzione del parametro oggettivo di prudenza e diligenza alla «migliore scienza ed esperienza» o la riduzione della cd. “misura oggettiva” della colpa all’inosservanza delle regole cautelari positivizzate o alle «migliori prassi consolidate». E il medesimo modello di “co-produzione” fra scienza e diritto – al netto delle differenze e del diverso perimetro applicativo (*ibidem*, 182 ss.) – si ritrova anche nello “scudo” previsto dall’art. 3 del d.l. 44/2021, convertito con modificazioni nella L. 28 maggio 2021, n. 76 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2»), il quale dispone che: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale 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’articolo 1, 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». Cfr., al riguardo, P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell’emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022, 11 ss.; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell’emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell’art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 28 aprile 2022, 9 ss.

⁶ Sulle difficoltà emerse già prima dell’emergenza pandemica (i lunghi, fisiologici tempi richiesti al fine di presentare, selezionare e certificare le linee-guida), aggravatesi in una situazione per forza di cose caratterizzata dalla indisponibilità di *guidelines* o pratiche cliniche oggetto di ampio consenso nella comunità degli esperti, L. RISCATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020, 3 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 114 ss.

responsabilità in ipotesi di opportuna disapplicazione da parte del medico⁷; (d) e, pertanto, il correlativo rischio di spingere il sanitario ad una applicazione acritica delle *leges artis* “certificate” al solo fine – difensivista – di allontanare la minaccia di indagini, processi e sanzioni in ipotesi di evento avverso⁸. Rispetto all’ultima criticità rilevata, va sottolineato un profilo non sempre considerato nell’attuale dibattito, soprattutto dagli orientamenti che – a torto o a ragione – difendono la tecnica normativa adottata nelle ultime riforme (cioè l’ancoraggio della *non punibilità* oppure della *punibilità limitata* all’applicazione di linee guida e buone pratiche). Una standardizzazione “rigida” dell’esercizio della medicina, indotta dall’attribuzione di un valore tendenzialmente “scriminante” all’applicazione di standard predefiniti, riduce sensibilmente lo spazio di autonomia della relazione terapeutica. Inoltre, ciò si pone in contrasto con una corretta comprensione del concetto di *evidence-based medicine (EBM)*, spesso invocato a difesa del modello vigente. Infatti, detto paradigma di medicina riserva un ruolo fondamentale non solo (1) al corpo di conoscenze consolidate, oggetto di consenso ed eventualmente declinate in linee-guida, ma anche (2) alla preparazione, all’esperienza, al giudizio e quindi alla “prudenza pratica” del singolo medico (che si riflette nella libertà terapeutica)⁹, nonché (3) all’autonomia del paziente, che si esprime mediante il consenso informato¹⁰.

Dando ragione anche alle già menzionate – qui solo schematizzate – criticità, la *prima bozza* di articolato della *AIPDP* in materia di colpa penale sanitaria segna quindi una netta e – si anticipa – condivisibile inversione di rotta rispetto alle riforme degli ultimi anni.

3. Analisi della prima bozza di articolato

3.1. Primo comma: la “non punibilità” salvo colpa grave

Il testo della prima bozza di articolato stabilisce, in buona sostanza, la “non punibilità del fatto”, «sempre che la colpa non sia grave». In questo modo, abbandonando il modello della *non punibilità* – o della

⁷ Sul punto, C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 4, 216; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 160 ss.

⁸ Specie di medicina difensiva “negativa” che concretizza il rischio di indurre acritici automatismi (atrofia di giudizio, supina obbedienza, azioni esecutive irresponsabili) o, peggio, l’adozione di pratiche astrattamente corrette (rispondenti a qualche linea-guida) ma prevedibilmente/consapevolmente inefficaci o persino dannose se applicate al caso clinico particolare: rinvio nuovamente alle considerazioni svolte in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 146-148, 198-199, 410 ss.

⁹ Sulla rilevanza della *phronesis* Aristotelica, quale “saggezza pratica” mediatrice tra la *traditio*, il bagaglio già costituito dell’esperienza, e l’*inventio*, l’attività creativa del singolo, anche nell’esercizio delle professioni sanitarie, cfr. ad es. B. SCHWARTZ, K. SHARPE, *Practical wisdom: the right way to do the right thing*, New York, 2010; E. KINSELLA, A. PITMAN (a cura di), *Phronesis as professional knowledge: Practical wisdom in the professions*, Rotterdam, 2012.

¹⁰ Cfr. in argomento, anche per altri riferimenti, D.L. SACKETT, W.M.C. ROSENBERG, J.A. MUIR GRAY, R.B. HAYNES, W.S. RICHARDSON, *Evidence based medicine: what it is and what it isn’t (it’s about integrating individual clinical expertise and the best external evidence)*, in *Brit. Med. J.*, 1996, n. 312, 71; W. ROGERS, K. HUTCHISON, *Evidence-based medicine in theory and practice: Epistemological and normative issues*, in T. SCHRAMME, S. EDWARDS (a cura di), *Handbook of the Philosophy of Medicine*, Dordrecht, 2015, 1 ss.; H. SZAJEWSKA, *Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect*, in *Ann. Nutrition and Metabolism*, 2018, 72, 13. Inoltre, fra i penalisti, A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 1 ss.; M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 158 ss., 165 ss.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale*, cit., 44 ss.

punibilità limitata – legato all’osservanza delle linee guida o buone pratiche, la proposta in esame rivolge un chiaro messaggio all’interprete: non c’è punibilità per colpa nei casi previsti (omicidio, lesioni e interruzione di gravidanza), di regola, a meno che, eccezionalmente, non vi sia una colpa particolarmente qualificata¹¹.

In ottica processuale, detta disposizione si mostra interpretabile nel senso di operare un ritaglio della tipicità-colposa idoneo a far ricadere sul pubblico ministero l’onere di sostenere non solo la modalità colposa oggetto di imputazione (la regola modale inosservata), ma anche il grado penalmente rilevante (ai sensi dei co. 2 e 3, come vedremo)¹².

Il modello è quindi senz’altro condivisibile alla luce delle direttrici politico-criminali di riduzione della penalità in questo settore.

Per quanto riguarda poi il riferimento allo «svolgimento di attività sanitaria» che comporti problemi di «speciale difficoltà» (ispirato dall’art. 2236 c.c.)¹³, condivisibili appaiono soprattutto due elementi della proposta: (1) l’eliminazione del riferimento ai problemi «tecnici», che consente di ovviare al problema concernente la distinzione, assai relativa, fra la “negligenza” e la “imprudenza”, da un lato, e la “impegnosità”, dall’altro¹⁴; (2) la scelta di aderire alla tradizione dottrinale e giurisprudenziale che rimarca «il valore da riconoscere al contesto nel quale è stata eseguita la prestazione [...], ai fini del giudizio di “esigibilità”»¹⁵.

Per le ragioni giustamente rimarcate anche nella *Relazione* a cura del prof. Matteo Caputo, una possibile soluzione alternativa, suggerita nell’ambito della discussione seminariale che ha fatto seguito alla pubblicazione della bozza in esame, è parsa quella di muovere il riferimento alla «speciale difficoltà» dal co. 1 al co. 3, cioè alla parte della disposizione dedicata alla rilevanza riconosciuta alle «gravi carenze dell’organizzazione». In questo modo, tutte le ragioni di *inesigibilità* idonee ad escludere la colpa grave *in concreto* verrebbero indicate all’interprete attraverso un unico comma ad esse dedicato, valorizzando, quindi, non solo le gravi carenze organizzative, ma anche altri fattori situazionali, quali

¹¹ Per rimarcare detto messaggio in modo ancor più netto ed esplicito, in sede di prima lettura sono apparse valide anche formulazioni alternative che stabiliscano la “non punibilità, salvo colpa grave”. Altrimenti: la “punibilità nei casi previsti, solo per colpa grave”.

¹² Sull’interpretazione di simili cause di “non punibilità” come ritagli della tipicità, D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori nel quadro delle norme dichiarative di atipicità*, in *disCrimen*, 7 marzo 2022, 4 ss. Sull’onere di contestazione in materia colposa, in relazione al corretto esercizio del diritto di difesa, D. CASTRO-NUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 198 ss.; più di recente, G. VARRASO, voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in *Reato colposo*, cit., 678 ss., 689 ss., sottolineando la «centralità dell’attenzione nella descrizione del capo di imputazione della forma e del grado della colpa» alla luce – dell’art. 590-*sexies*, c.p., ma anche – dell’art. 3-*bis*, d.l. 44/2021 (rilevante poiché tale modello ispira ora il co. 3 della *seconda bozza* di articolato AIPDP in materia sanitaria): «La fattispecie giudiziale di cui si discute [...] impone di contestare [...] nel caso previsto dall’art. 3 *bis* d.l. n. 44 del 2021 le circostanze che consentono di qualificare [...] la colpa medica come grave». Sull’eterogeneo sistema della “non punibilità” in questo settore, cfr., nello stesso volume, G. AMARELLI, voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, 822 ss.

¹³ Sul ruolo di questa disposizione nella giurisprudenza in materia, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 15 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli, 2021, 65 ss.; e ulteriori riferimenti *infra*, nt. 29.

¹⁴ In questo, assumendo un insegnamento di M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 624.

¹⁵ Così, la *Relazione* alla prima bozza di articolato (*supra*, nt. 1). Per tutti, in argomento, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990. V. inoltre, *infra*, i riferimenti nelle nt. 16, 29 e 30.

condizioni emergenziali o comunque eccezionali, idonee in quanto tali a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione prudente e diligente dell'attività e quindi scarsamente esigibile (o penalmente inesigibile) una condotta alternativa rispondente all'aspettativa cautelare rilevante.

Come vedremo, la *seconda bozza* riflette ora, con maggior chiarezza, questo profilo attinente al giudizio di colpa *grave in concreto*, cioè alla luce del *contesto*.

3.2. Secondo comma: la colpa grave fra disvalore della condotta e disvalore di evento

Il co. 2, che definisce la *colpa grave* quale eccezione alla regola della *non punibilità* (ai sensi del co. 1), presenta anch'esso elementi complessivamente condivisibili (soprattutto qualora integrati, come già accennato e come vedremo meglio *infra*, da ulteriori elementi di valutazione alla luce del *contesto* in cui si svolge l'azione). Come reso esplicito nella citata *Relazione*, tale disposizione adotta e riflette criteri di "colpa grave" oggetto di consenso all'interno di una tradizione che si è espressa, in Italia, anche nel Progetto del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (ora Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale)¹⁶.

Sul piano del *disvalore della condotta*, non ci si accontenta di un rischio "non consentito"¹⁷, ma si richiede un doppio requisito: una «deviazione particolarmente rilevante» dalla regola cautelare e che da ciò derivi la creazione di un rischio «irragionevole».

Ipoteticamente, una soluzione alternativa avrebbe potuto essere quella di richiedere un rischio "elevato", anziché "irragionevole", rilevando che l'idea di *ragionevolezza* trova idealmente corrispondenza in quella di agente-modello e potrebbe pertanto continuare a suscitare legittime perplessità¹⁸.

¹⁶ G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 199-200. In merito agli indici di colpa grave (al di là della sua rilevanza, tradizionalmente limitata, prima delle recenti riforme, alla commisurazione della pena, o tutt'al più al piano della colpevolezza), v. anzitutto T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819, spec. 876 ss., dove si rappresenta una colpa solo apparentemente "bidimensionale" (876-877), ma in realtà ricostruita e valutata *unitariamente per fasi di giudizio* e racchiusa nella colpevolezza (879), la cui gravità è «direttamente proporzionale al grado di *esigibilità* dal singolo soggetto del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento e il comportamento tenuto» (881); infatti, consistendo «il disvalore della colpa nella divergenza fra il comportamento esigibile e quello attuato, la misura di tale disvalore non può che essere determinata in funzione del *quantum* di *esigibilità* e del *quantum* di *divergenza*» (888 ss., 890). Inoltre, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 299, 312-313, che presenta una classificazione di criteri normativo-oggettivi (il *quantum* di divergenza fra la condotta diligente e la condotta tenuta; il *quantum* di prevedibilità; il *quantum* di evitabilità), normativo-soggettivi (l'agire in situazioni che, pur non escludendo la *suitas* della condotta, causano particolari difficoltà nell'osservare la diligenza dovuta; il *quantum* di *esigibilità* del rispetto delle regole cautelari) e infine psicologici (il *quantum* di previsione; la maggior o minor consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; il tipo di motivazione, quando in presenza di un conflitto di doveri). Alcuni fra i criteri di giudizio indicati in questi "classici" – sui quali, di recente, anche per altri riferimenti, P.F. POLI, voce *Colpa grave*, in *Reato colposo*, cit., 104 ss. –, si ritrovano ora nelle proposte di disciplina qui in esame.

¹⁷ Sul rapporto fra "rischio consentito" e definizione dei limiti dell'agire lecito, v. ora, per tutti ed altri riferimenti, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, cit., 1102 ss.

¹⁸ Sul modello alternativo – che, allo scopo di recuperare la funzione tipizzante della colpa, fonda la sua tipicità sulla violazione di regole cautelari necessariamente precostituite, cercando quindi di superare l'indeterminatezza dell'agente-modello –, applicato al settore della responsabilità sanitaria, v. il recente studio di D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., *passim*.

Tuttavia, qualora si concordi nell'adottare una concezione normativa *moderatamente deontica* – e non rigidamente “prasseologica” – della colpa penale¹⁹, sembra preferibile il ricorso al concetto dialogante e pluralista di “ragionevolezza”; infatti, in medicina, il rischio legato all'esercizio della professione è spesso elevatissimo e, tuttavia, tale rischio può essere affrontato in modo “ragionevole”, cioè prudente e diligente; inoltre, la via corretta in questo settore non è necessariamente univoca²⁰. L'elemento determinante, quindi, non è tanto l'entità del rischio (che il medico può avere comunque il dovere di correre), ma la “ragionevolezza” (cioè l'adeguatezza o plausibilità medica) della strategia diagnostica e terapeutica adottata. Anche questa scelta operata fin dalla prima versione di articolato è quindi condivisibile.

Astrattamente, si potrebbe anche riflettere sulla possibilità di aggiungere ulteriori indici di *gravità*, come il numero di infrazioni cautelari o il carattere cosciente dell'inosservanza²¹. Una soluzione di questo tipo non sarebbe per ciò solo incoerente con l'idea, espressa tra l'altro nel *Progetto di riforma del codice penale* elaborato dalla Commissione Pisapia (2007), per cui la cd. “colpa cosciente” non è necessariamente più grave della colpa incosciente (anche se quel progetto prevedeva espressamente l'abbandono della prima come ipotesi aggravata di colpa). Tuttavia, essendo il carattere cosciente dell'infrazione spesso, in questo settore, indizio di un buon livello di professionalità (il medico si è almeno reso conto di quanto sarebbe potuto accadere...), va condivisa anche la scelta di non aggiungere alcun riferimento all'elemento psicologico come possibile indice di gravità.

Ulteriore parametro di colpa grave che potrebbe essere considerato è quello, classico, della elevata prevedibilità dell'evento per chiunque si fosse trovato nelle condizioni dell'agente (analogamente a certe declinazioni della *gross negligence* anglosassone); ma anche accogliendo questo criterio si correbbe il rischio di riaprire le porte a colpe lievi, specie in considerazione del fatto che il professionista sanitario si confronta continuamente con il pericolo di verifica di eventi altamente prevedibili (e, peraltro, se legati all'opzione terapeutica adottata, doverosamente rappresentati al paziente mediante la richiesta del consenso informato).

Sul piano del *disvalore di evento*, valorizzando un altro elemento di giudizio ormai acquisito alla nostra tradizione penalistica, il co. 2 della bozza in esame richiede espressamente che l'evento sia concretizzazione del medesimo rischio (irragionevole) generato dall'inosservanza cautelare. Questo opportuno riferimento al “nesso di rischio”, quale portato della concezione normativa della colpa e dell'imputazione oggettiva dell'evento (profilo più spesso considerato, in Italia, specie in giurisprudenza, sotto l'insegna della “causalità della colpa”)²², lascia certamente aperte questioni di una certa rilevanza,

¹⁹ La ricerca di un ragionevole compromesso fra il modello “deontico” dell'agente modello differenziato e la teoria “prasseologica” della colpa normativa, alla luce dei limiti di entrambi i modelli e, in particolare, delle criticità segnalate in sede introduttiva, è uno dei principali motivi sottostanti la riflessione svolta in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., spec. 197 ss.

²⁰ Contrariamente a quanto certe visioni scientiste indurrebbero a pensare, la *evidence-based medicine* non è affatto ridicibile alla “standardizzazione” delle pratiche mediche (*supra*, § 2, e nt. 5 e 10).

²¹ Cfr., su entrambi i possibili profili di colpa grave, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 555-560.

²² V. anzitutto M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; nella manualistica, M. PELISSERO, *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Torino, 2021, 106. Di recente, anche per altri riferimenti, A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Reato colposo*, cit., 284 ss.; K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Leg. pen.*, 11 maggio 2022.

particolarmente per quanto attiene al giudizio *ex post* relativo all'efficacia impeditiva del comportamento alternativo diligente. Tuttavia, non essendo ancora maturato in dottrina un consenso sufficiente di fronte all'alternativa teorica fra il criterio dell'evitabilità (prevalente) e quello dell'"aumento del rischio" (in ipotesi di colpa commissiva) o della "diminuzione di opportunità" (in ipotesi di omissione impropria), appare corretta, a mio giudizio, la scelta del Sottogruppo di non prendere espressamente posizione sul punto²³.

Al di là di questi profili, nel contesto del medesimo dibattito seminariale intorno alla *prima bozza* di articolato, si era sostenuta anche l'idea di inserire – magari in un ipotetico nuovo co. 3 – un più esplicito riferimento alla "colpa relazionale", in modo tale da riflettere e rappresentare al giudicante l'esigenza, sentita soprattutto in dottrina, di favorire un più coraggioso riconoscimento del "principio di affidamento", limitando la punibilità per violazione di doveri di controllo reciproco o di vigilanza sulla condotta altrui²⁴ ai soli casi di *colpa relazionale grave*.

Questo ipotetico ulteriore segmento della disposizione avrebbe potuto essere integrato da altri due elementi: (1) l'indicazione del requisito della *competenza* rispetto al tipo di rischio concretizzatosi nell'evento; (2) una specifica attenuante sul modello delle "attenuanti delle concause" già operanti ex art. 589-bis e 590-bis, co. 7, c.p., «qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole».

Il requisito della *competenza* si rivelerebbe idealmente utile ad evitare che, in contesti di interazione plurisoggettiva, la colpa del singolo si traduca in un'imputazione diffusa indiscriminata; ciò varrebbe soprattutto in ipotesi di colpa omissiva impropria "relazionale" – cioè di mancato impedimento dell'evento mediante inosservanza di un dovere di vigilanza sull'operato altrui –, poichè la selezione degli agenti astrattamente responsabili per l'evento, con contributo della vittima o di un terzo, avviene, in quelle ipotesi, senza ausilio della causalità materiale²⁵.

²³ Cfr. in argomento, anche per molti altri riferimenti, G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945, 949 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 635, 686 ss.; A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.; K. SUMMERER, *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in *Reato colposo*, cit., 489 ss. A questo riguardo, merita un cenno l'esito giudiziale del caso "Madrid Arena", ampiamente dibattuto in Spagna, in cui il *Tribunal Supremo*, nell'accogliere la tesi minoritaria, imputa la responsabilità per morte al medico che abbandona colposamente le manovre di rianimazione in base al criterio dell'aumento del rischio (criterio che, tuttavia, in ipotesi di *omissione impropria*, come indicato nel testo, andrebbe declinato nei termini della "diminuzione di opportunità" o della "mancata diminuzione del rischio"): v. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La no disminución del riesgo en el caso "Madrid Arena": dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero*, in *InDret*, 2021, n. 2, 407 ss., 410 ss.

²⁴ Per tutti, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.

²⁵ Sulla previa definizione dell'ambito di «competenza», cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., 27 ss., 343 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509, 511 ss.; A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 12, 1537, 1540 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, 354 ss.

L'*attenuante* avrebbe potuto trovare a propria volta applicazione in ipotesi di concorso di colpe nell'attività di *équipe*, laddove le colpe concorrenti possono essere autonomamente gravi *ex ante* (nel caso dei concorrenti, qualora sia dato ritenere che non vi fosse più legittimo affidamento), ma l'evento apparire concretizzazione di due o più rischi illeciti. Una simile previsione risponderebbe quindi all'opportunità di imputare il disvalore di evento *solo in parte* a ciascuno dei concorrenti; anche il "peso sanzionatorio" andrebbe pertanto distribuito²⁶.

Tuttavia, va riconosciuto che un'*attenuante* così giustificata potrebbe rilevare anche al di fuori dei casi di colpa relazionale o di cooperazione colposa, qualora, analogamente, l'evento risponda solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*: ad es., in ipotesi di efficacia sicura ma solo (ipoteticamente) parziale del comportamento alternativo diligente. Si pensi a casi in cui l'evento sarebbe stato evitabile solo in parte dalla buona condotta del medico, ossia in cui il danno avrebbe potuto essere soltanto ridotto: in questa ipotesi, sarebbe discutibile un'assoluzione *tout court*, ma anche una condanna che rifletta proporzionalmente l'intero disvalore di evento²⁷. Se idonea a ricomprendere anche queste ipotesi, però, la disposizione che dovesse prevedere l'*attenuante* andrebbe opportunamente inserita in un comma autonomo²⁸.

3.3. Terzo e quarto comma: "inesigibilità contestuale" ed esclusione della colpa grave in concreto

Come anticipato, nell'ambito del dibattito che ha avuto luogo alla luce del testo in esame, era parso che, al condivisibile riferimento alle «gravi carenze organizzative» della *prima proposta* AIPDP, potessero aggiungersi anche ulteriori ragioni di *inesigibilità*, intese come circostanze idonee a condurre ad un giudizio di esclusione della *colpa in concreto* per una inosservanza *non sufficientemente grave ex ante*, proprio perché indotta (favorita, determinata anche) dalla *eccezionalità del contesto*.

²⁶ Ipotesi di studio avanzata in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 305-306 e nt. 128. Si possono distinguere: (i) casi di concretizzazione solo parziale del rischio non consentito nell'evento, per cui l'evento risponde solo in parte a una certa colpa grave *ex ante*; (ii) ipotesi di evento in cui si concretizzano – interamente – rischi non consentiti concorrenti (comunque, ciascuna colpa *ex ante* si riflette solo in una parte del disvalore di evento).

²⁷ Il trattamento colposamente omissivo dal medico avrebbe consentito di evitare l'evento *hic et nunc*, ma non un evento meno grave della stessa categoria. Sussiste cioè un "quantum di inevitabilità" che, comunque, potrebbe già rilevare ai fini del "grado della colpa" come criterio di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

²⁸ L'ipotesi viene comunque accantonata dalle *Relazioni* dei Sottogruppi della AIPDP in materia di colpa datoriale (*Omicidio e lesioni sul lavoro*, a cura del prof. Giuseppe Losappio, per il caso che concausa dell'evento sia stata la condotta del lavoratore-vittima) e colpa stradale (*Omicidio e lesioni stradali*, a cura del prof. Stefano Preziosi, per i casi in cui l'evento non sia comunque esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole e dipenda anche dal concorso della vittima).

A questo riguardo, va riconosciuto che l'adozione di una simile *attenuante* potrebbe indurre il giudice a ragionare immediatamente in termini di "nesso di rischio" e commisurazione della pena, portandolo a presunzioni di colpa (si evidenzia anche in A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 292-295, 304). Va quindi rimarcato – come colto anche dalla Cassazione, sia in materia di colpa stradale che datoriale –, che il contributo della vittima può assumere rilievo già in sede di giudizio di colpa in concreto *ex ante*, operando come regola il "principio di affidamento". Dopodiché, qualora vi sia colpa relazionale "grave" (= indiscutibile cessazione di qualunque legittimo affidamento), la pena potrebbe comunque essere diminuita, in virtù di un minore disvalore di evento, proprio perché esso, concretizzando disvalori di condotta concorrenti, è *ascrivibile solo in parte* a ciascuno di essi. Nonostante le predette perplessità, quindi, questa prospettiva potrebbe meritare ulteriori approfondimenti.

In questo modo, si riflette l'idea secondo cui il *quantum* della divergenza cautelare e la irragionevolezza del rischio creato, già richiesti dal co. 2, non bastano a fondare la gravità della colpa penale, poichè occorre anche valutare la *concreta esigibilità*, alla luce del contesto, di un comportamento rispondente all'aspettativa di prudenza o diligenza. Ragioni di non punibilità per assenza di colpa *grave in concreto* sarebbero quindi non soltanto le «gravi carenze organizzative», definite al co. 4 impiegando una tecnica normativa che richiama il modello di disciplina in materia di responsabilità degli enti (v. *infra*, § 6.1), ma anche le ulteriori circostanze concomitanti o fattori situazionali, quali condizioni emergenziali o eccezionali, idonee a rendere *specialmente difficile* l'esecuzione dell'attività (recuperando, in questo modo, il concetto ereditato dal 2236 c.c., non più indicato al co. 1, ma in questa nuova sede)²⁹.

Si tratterebbe di un esito, quello che consente di coniugare il giudizio di *colpa in concreto* alla luce del contesto – eventualmente eccezionale – e la *inesigibilità* con l'esclusione della *colpa grave*, sostanzialmente condiviso nella nostra tradizione dottrinale³⁰.

Ciò detto, si pongono almeno due questioni di ordine sistematico (ancor più rilevanti alla luce della *seconda bozza* AIPDP, che esamineremo in seguito). (i) Anzitutto, si tratta di coniugare l'esclusione della colpa penale – per assenza di colpa grave in concreto – con la permanenza di legittime istanze risarcitorie a fronte di fatti lesivi eventualmente connotati da colpe *meno gravi*. (ii) Inoltre, atteso il favore crescente per l'idea di procedere alla codificazione di colpe differenziate per settori di responsabilità³¹, viene da chiedersi come dovranno essere intese quelle discipline – *altre colpe penali* – che non dovessero richiedere, almeno espressamente, un ulteriore giudizio di esigibilità³². Sarebbero colpe

²⁹ L'omogeneità concettuale, o comunque la stretta relazione, fra la «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 c.c. e il giudizio di inesigibilità contestuale, ad es. in ragione di un «quadro patologico complesso» e/o di una situazione di «urgenza» o «emergenza», era già stata colta dalla giurisprudenza in materia: ad es., Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, in *Riv. pen.*, 1998, 358, cit. da N. PISANI, *L'accertamento della colpa penale del medico. Spunti interpretativi sull'art. 3, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, 817, 827. Che poi, a loro volta, simili valutazioni siano riconducibili al giudizio di colpa grave lo sostiene da tempo la dottrina: v. *supra*, i riferimenti in nt. 16, e la nt. successiva; di recente, A. DI LANDRO, *La colpa penale nel settore sanitario: criteri generali di valutazione e situazioni emergenziali*, in *PenaleDP*, 22 marzo 2021.

³⁰ Che la identifica, generalmente, con la cd. “misura soggettiva” della colpa. Per tutti, in questo senso, D. CASTRO-NUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., spec. 599 ss., dove l'A. presenta un catalogo esemplificativo di fattori situazionali di inesigibilità potenzialmente disculpanti. Cfr., circa l'influenza degli elementi di “contesto”, G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 5 febbraio 2021, 12 ss., dove la considerazione di circostanze concomitanti, se tali da generare rilevanti carenze organizzative, potrebbe incidere già – prima ancora che sulla valutazione della colpa in concreto – sul piano della posizione di garanzia, cioè sulla sfera di attribuzioni proprie del medico-garante.

³¹ Come si evince dall'esame delle proposte separate in materia di *Reati colposi contro la persona*, presentate dai Sottogruppi della AIPDP, coordinati dai proff. Andrea Castaldo e Sergio Seminara, e disponibili nel sito dell'Associazione: <https://bit.ly/3FIS7hA> (ultima consultazione: 3/6/2022).

³² Cfr., *mutatis mutandis*, le questioni poste dalla disciplina dell'art. 55, co. 2, c.p., che esclude la punibilità dell'eccesso colposo «se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito [...] in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto», ma riserva questa “causa di non punibilità” (riducendo lo spettro dell'eccesso colposo punibile) soltanto alle ipotesi di difesa contro aggressioni che avvengano all'interno del domicilio o nei luoghi ad esso equiparati: v. F. DIAMANTI, voce *Eccesso colposo*, in *Reato colposo*, cit., 451 ss., 457 ss., che, giustamente, si chiede se una più razionale disciplina, attesi gli stessi scopi politico-criminali, non avrebbe potuto invece limitare l'applicabilità dell'art. 55, co. 1, alla colpa grave (escludendo la punibilità, in virtù della «scusante», di qualunque altro eccesso colposo). Ora, qualora la soluzione

punibili ancorché meno gravi? Cioè, in ipotesi, relativamente gravi in virtù dell'entità dell'infrazione e dell'irragionevolezza del rischio, ma *a prescindere dalle particolari circostanze concomitanti* che potrebbero ridurre il livello di rimproverabilità?

4. Considerazioni di sintesi sulla prima bozza

Atteso l'obiettivo politico-criminale di ridurre sostanzialmente i margini della penalità colposa in ambito sanitario, andando quindi oltre gli scarni riferimenti dell'art. 43 c.p., la *prima bozza* di articolato proposta dal Sottogruppo della AIPDP offre già, anche a mio giudizio, soluzioni apprezzabili. Infatti, nell'abbandonare la tecnica normativa delle precedenti riforme, inadeguata per le ragioni già schematicamente ricordate (*supra*, § 2), essa disciplina e guida il giudizio di colpa grave valorizzando le fondamentali variabili in gioco: (i) la *regola cautelare* inosservata, (ii) la *qualità del rischio* che si concretizzerà *nell'evento* e (iii) il *condizionamento del contesto* nel quale si verifica l'inosservanza.

Condiviso quindi l'impianto normativo adottato, alcuni profili sui cui continuare a riflettere verso la redazione del futuro art. 590-*sexies* c.p. (e, forse, della colpa penale in generale), sono apparsi, prima della pubblicazione della *seconda bozza*, i seguenti:

- (1) la possibilità di accogliere, nella definizione della "colpa grave", anche indici di colpa relazionale o plurisoggettiva, per rimarcare l'importanza del principio di affidamento, quale «pietra angolare» della regola di non punibilità di cui al co. 1 (*infra*, § 6.2);
- (2) l'ipotesi, già discussa, di valorizzare espressamente la "concretizzazione del rischio", considerando anche l'adozione della "attenuante delle concause" (almeno in via esplorativa);
- (3) l'opportunità di legare la valorizzazione delle ragioni di inesigibilità "penale" (cioè di non sufficiente esigibilità ai fini della pena) alla "speciale difficoltà" dell'attività svolta in virtù del particolare contesto dell'azione, anche oltre l'opportuno riferimento alle "gravi carenze organizzative" (*infra*, §§ 5 e 6.1).

5. La seconda bozza di articolato: l'ulteriore rilevanza riconosciuta alle particolarità del contesto

Sulla scorta del dibattito promosso dalla AIPDP e da DiPLaP³³, il Sottogruppo incaricato di redigere una proposta di riforma in materia di colpa in ambito sanitario ha pubblicato una nuova bozza di articolato, intitolata «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario».

Il *punto 3* della *Relazione* che accompagna la nuova proposta sottolinea che essa si «prefigge di valorizzare l'*incidenza del contesto*, mercé un richiamo esplicito al testo dell'art. 2236 c.c., in dialogo con la dottrina e la giurisprudenza della IV sezione della Cassazione, che da tempo ha rimarcato l'importanza da anettere in via interpretativa alla regola di giudizio sottesa alla disposizione codicistica, allo

suggerita – la non punibilità dell'eccesso per colpa "lieve" – venisse applicata solo ad alcune fattispecie di difesa, si porrebbe il problema sollevato nel testo: la coesistenza di colpe *più o meno gravi*, a seconda della rilevanza riconosciuta o meno a certi fattori contestuali di inesigibilità penale. Cfr. anche D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, 253 ss., 342 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 516 ss.

³³ In particolare, nel corso del seminario svoltosi in data 1° ottobre 2021 (*supra*, nt. preliminare).

scopo di dare spazio a valutazioni che riguardano sia la misura oggettiva sia la misura soggettiva dell'illecito colposo»³⁴.

Si aggiunge, al punto 5, che essa «apre a una più diffusa considerazione dell'impatto prodotto dall'agire od omettere delle organizzazioni complesse sulla colpa del singolo operatore». «Nel quadro di un largo consenso addensatosi intorno all'impostazione prescelta, le proposte correttive sono state per lo più indirizzate a enfatizzare la necessità che *la colpa si accerti sempre in concreto*, attraverso un'analisi approfondita del *contesto nel quale si svolge la prestazione sanitaria*, in modo da mettere in evidenza non solo le difficoltà dell'atto dell'esercente le professioni sanitarie, ma anche una serie di ulteriori *situazioni che possono incidere sul tasso di esigibilità del comportamento alternativo doveroso*» (corsivi aggiunti).

Pertanto, come pure chiarisce la *Relazione*, «l'esigenza di meglio coniugare, all'interno dell'articolato, la *concretizzazione della cautela con l'individualizzazione del giudizio* ha sospinto il sottogruppo ad accogliere una proposta di riscrittura del testo che, facendo tesoro del recente esempio incarnato dall'art. 3-bis d.l. 44/2021³⁵, aggiunge alla definizione della colpa grave (comma 2) una serie di indici sintomatici, non esaustivi, suscettibili di aiutare il giudice nella valutazione del grado della colpa (comma 3)».

In effetti, la citata disciplina "eccezionale", applicabile al contesto pandemico e all'emergenza epidemiologica³⁶, offriva già un modello definitorio alternativo a quello *Gelli-Bianco* (mantenuto invece dal "primo scudo", applicabile soltanto alle somministrazioni di vaccino nel corso della campagna vaccinale³⁷), introducendo un regime di colpa grave definito per criteri di giudizio idonei a valorizzare le circostanze particolari in cui si verifica l'inosservanza.

Quella indicata dal "secondo scudo" e accolta ora al co. 3 della *seconda bozza* del Sottogruppo dell'AIPDP è una tecnica normativa condivisibile³⁸. Infatti, eliminando il riferimento alle *best practices*,

³⁴ Al riguardo, v. *supra*, i riferimenti indicati nelle nt. 13, 29 e 30.

³⁵ «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19», aggiunto in sede di conversione dalla l. 76 del 28 maggio 2021 (causa di non punibilità della colpa grave), secondo il quale:

«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».*

³⁶ Per una più precisa definizione del campo applicativo di quel regime, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 184 ss.; C. CUPPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 11 ss.

³⁷ V. *supra*, nt. 5. Cfr., con diversi accenti critici, A. MASSARO, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2. Gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, n. 3, 683 ss., spec. 689 ss.; D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori*, cit., 1 ss.

³⁸ Di questo avviso già E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in *Leg. pen.*, 22 settembre 2021, 17, sottolineando come fosse auspicabile che quella riforma fosse «soprattutto l'occasione per un generale ripensamento della disciplina penale della colpa

essa evita di assolutizzarne il rilievo etero-integrativo e quindi rifugge da una rigida “standardizzazione” del giudizio legata alla nozione di “imperizia”³⁹; inoltre, offre una «definizione *orientativa* della colpa grave»⁴⁰ che, in quanto tale, indica chiaramente utili criteri a beneficio dell’interprete nell’ottica di una reale concretizzazione del giudizio di colpa penale.

6. Scansione analitica e configurazione sistematica della colpa concretamente-grave

6.1. Il rapporto fra la colpa civile e la colpa penale: alcune equazioni definitorie

Gli indici di assenza di *gravità-in-concreto* della colpa di cui al co. 3 della nuova proposta – in particolare, la rilevanza attribuita alle «condizioni di lavoro» e alle «risorse disponibili», al «tipo di rischio da gestire» e, comunque sia, alla «concreta situazione operativa» –, sono riconducibili all’idea, oggetto di ampio consenso in dottrina, secondo cui il carattere emergenziale o comunque eccezionale del contesto, ovvero la speciale difficoltà indotta dalle particolari circostanze concomitanti, rendono meno esigibile (o penalmente inesigibile) l’osservanza della regola cautelare astrattamente rispondente a diligenza, con conseguente giudizio di non rimproverabilità dell’agente⁴¹.

Da un primo punto di vista, l’aggiunta di ulteriori fattori situazionali – non tassativi – alle «gravi carenze organizzative», ai fini del giudizio di “inesigibilità”, può indurre a riflettere sull’opportunità di mantenere il co. 4 della prima bozza di articolato. Infatti, mentre nel quadro della prima versione, la disposizione di chiusura andava a specificare l’elemento normativo determinante ai fini dell’applicabilità del co. 3 (con esclusione della responsabilità individuale e rinvio a quella organizzativa), la nuova proposta consente al giudice di valutare l’esclusione della colpa penale del sanitario in virtù di qualunque fattore concomitante che appaia idoneo a ridurre drasticamente l’esigibilità di una condotta alternativa diligente. Il co. 4 finisce insomma con l’articolare soltanto una delle ragioni (meramente indicative) di “inesigibilità” del co. 3; d’altra parte, restano pur valide le ragioni di “raccordo”, coerenti sul piano del rapporto fra responsabilità *individuale* e *collettiva*, indicate ai punti IV e V della *Relazione* alla prima bozza.

Ad ogni modo, la considerazione del profilo contestuale, il quale va ad aggiungersi agli indici di gravità di cui al co. 2 (la «deviazione particolarmente rilevante» dallo standard cautelare e la «irragionevolezza del rischio» per la salute del paziente), pone ulteriori questioni attinenti alla configurazione dogmatica

medica»; e C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 17-18, nt. 23, con esplicito riferimento alla *seconda bozza* di articolato AIPDP; lo stesso A. ha poi avanzato un’ulteriore proposta di riforma che, oltre a riflettere coerentemente il favore per la richiamata tecnica normativa e l’impianto del co. 3 della bozza di articolato in esame, intende comunque recuperare il richiamo (comune alle passate riforme) al rispetto delle linee-guida e delle buone pratiche (anche se in maniera più flessibile ed ai fini del giudizio di colpa grave): C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexies c.p.)*, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2022.

³⁹ Esprime analoga sensibilità, nell’accogliere con favore l’allontanamento dal modello “Gelli-Bianco” nell’art. 3-bis del d.l. 44/2021, M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., spec. 167 ss., 183-184.

⁴⁰ Così, C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2021, par. 6, ripreso nuovamente da M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 169, e M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 186 ss., 189.

⁴¹ Su quei criteri indicativi, già con riferimento all’art. 3-bis del d.l. 44/2021, cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario*, cit., 167-173; C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 14 ss.

e sistematica della colpa penale in ambito sanitario, quale modello ipoteticamente idoneo a suggerire una nuova fisionomia della colpa penale in generale.

Anzitutto, come anticipato, ci si deve chiedere come poter coniugare l'esclusione della colpa penale (per assenza di colpa *grave in concreto*, in base ai commi 2 e 3) con la permanenza di legittime istanze risarcitorie a fronte di fatti lesivi eventualmente connotati da *colpe non penalmente-gravi* ma rilevanti sul piano civilistico.

Seguendo il tracciato indicato dalla disciplina in esame, la colpa grave andrebbe esclusa, a seconda dei casi: (i) in ipotesi di deviazioni dalle regole cautelari *non così rilevanti*, (ii) in caso di eventi che concretizzino *rischi non irragionevoli* (gravità della colpa esclusa ai sensi del co. 2), (iii) oppure al cospetto di deviazioni cautelari importanti che abbiano creato rischi irragionevoli, ma nondimeno determinate da un contesto che, per le ragioni indicate o altre analoghe, conduce ad un giudizio di *inesigibilità* (gravità esclusa ex co. 3).

Tradizionalmente, adottando una concezione bidimensionale della colpa, identificando quindi l'assenza di "misura soggettiva" con il giudizio scusante di *inesigibilità*, si rileva che, ancorché venga perciò preclusa l'affermazione di colpevolezza colposa, resterebbe ferma la connotazione del fatto tipico-colposo, con la conseguenza di lasciare tendenzialmente intatte le obbligazioni risarcitorie o indennitarie nascenti da reato ai sensi degli art. 185 c.p. e 2043 c.c.⁴²

Applicando questo schema alla disciplina in esame – l'ideale bipartizione fra co. 2, "misura oggettiva", e co. 3, "misura soggettiva" – potremmo essere indotti a ritenere che, mentre l'entità della deviazione dalla regola cautelare e l'irragionevolezza del rischio rileverebbero anche ai fini risarcitori (perché da tali elementi dipenderebbe l'esistenza del fatto-tipico e quindi dell'illecito), la valutazione in ordine all'eccezionalità delle circostanze concomitanti sarebbe penalmente dirimente ma civilmente irrilevante. Solo dal secondo punto di vista valutativo, mancando la colpevolezza, il fatto *non costituirebbe reato*, senza precludere il risarcimento del danno; mentre sul primo versante, *non sussistendo neppure il fatto*, verrebbe – tendenzialmente – meno anche l'illecito risarcibile⁴³.

Semplificando, l'equazione risultante dalla suddetta interpretazione sarebbe: *colpa penale = illecito colposo grave ex co. 2 (colpa civile) + esigibilità (colpevolezza penale ex co. 3)*.

Tuttavia, questa impostazione, ipoteticamente valida qualora l'inesigibilità fosse il parametro differenziale di rilevanza penale dell'inosservanza cautelare rispetto alla colpa civile⁴⁴, non appare congeniale

⁴² In argomento, M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, 183 ss.; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 14, con riferimento al "secondo scudo" ex art. 3-bis, d.l. 44/2021, aggiunto in sede di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76).

⁴³ Sui discussi confini della preclusione al risarcimento del danno in ipotesi di assoluzione con "formula piena" (ex artt. 530 e 652 c.p.p.), cfr. ad es. Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2006 (dep. 20 settembre 2006), n. 20325; Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2019 (dep. 10 settembre 2019), n. 22520; nonché *infra*, puntualizzazioni e ulteriori riferimenti in nt. 50. Sui limiti del potere del giudice penale di decidere sulle restituzioni e il risarcimento del danno (art. 538 c.p.p.), di recente, Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2019 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5892.

⁴⁴ V. ancora P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 14, con riferimento al "secondo scudo". Cfr. quanto stabilisce il legislatore all'art. 2044, co. 3, c.c., ai sensi del quale, nel caso di cui all'art. 55, co. 2, c.p., mentre la responsabilità penale per eccesso colposo è esclusa in virtù di una causa *lato sensu* "scusante" (*supra*, nt. 32), «al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in

alla definizione in esame, poichè potrebbe condizionare anche il risarcimento del danno all'accertamento degli elementi di gravità penale del co. 2 (invece che alla valorizzazione della «speciale difficoltà» tecnica o contestuale, come suggerisce l'art. 2236 c.c.).

Altra soluzione ricostruttiva, coerente con la tesi secondo cui la colpa penale andrebbe integralmente ricondotta al piano della colpevolezza⁴⁵, sarebbe quella di inserire gli elementi differenziali di gravità nella dimensione soggettiva del reato, adottando la seguente equazione: *colpa penale = violazione della regola cautelare (misura oggettiva = colpa civile) + quid pluris di gravità penale (deviazione rilevante dalla regola cautelare + rischio irragionevole + esigibilità contestuale)*, ex co. 2 e 3.

Nondimeno, questa seconda soluzione induce a considerare profili di valutazione attinenti al *disvalore della condotta* (la deviazione rilevante dalla regola cautelare) e, di riflesso, riguardanti anche il *disvalore di evento* (l'irragionevolezza del rischio per la salute, che poi si concretizza nel risultato tipico) – quindi anche elementi “oggettivi” –, all'interno dell'elemento soggettivo del reato, invece che sul piano dell'illecito, strutturalmente più adatto ad ospitare le categorie inerenti al disvalore della condotta e ai suoi legami materiali (nesso di causalità) e normativi (nesso di rischio) con l'evento tipico.

Pertanto, al fine di evitare gli esiti delle due soluzioni alternative appena illustrate, resterebbe la possibilità di operare la distinzione fra illecito civile e illecito penale già all'interno della nozione sostanziale di *fatto-tipico*: elemento che può contenere il fatto-lesivo meramente colposo, tendenzialmente rilevante sul piano riparatorio (la materialità del fatto, comprensivo del nesso di causalità e la violazione della regola cautelare), ma anche gli ulteriori elementi normativi idonei a renderlo, eventualmente, penalmente rilevante (gli indici di gravità della colpa *ex ante*).

D'altronde, neppure l'esigenza di assicurare le istanze risarcitorie rispetto a colpe lesive *non gravi* impedisce che la colpa penale-grave sia *tutta tipica e unidimensionale*. In altri termini: che anche il *giudizio di inesigibilità-contestuale* venga attratto, assieme agli altri elementi di gravità, dalla tipicità-colposa ai fini della qualificazione dell'illecito.

In base a questa impostazione, l'*esigibilità* risponderebbe, come altri profili di valutazione, ad un'istanza di *concretizzazione* di un giudizio comunque *generalizzante* sul piano del parametro normativo. In questa fase rilevano infatti le caratteristiche del contesto (eventualmente eccezionali, emergenziali, inficiate da gravi carenze organizzative), non quelle dell'agente, poichè il parametro di valutazione non può coincidere con l'oggetto del giudizio, pena la dissoluzione della possibilità stessa, sul piano logico, di muovere un rimprovero⁴⁶. Anche il condivisibile inserimento, fra i parametri di giudizio

essere dal danneggiato». Si tenga conto, inoltre, dell'art. 2236 c.c., qualora ritenuto operante proprio in situazioni omogenee alla inesigibilità contestuale (*supra*, nt. 29).

⁴⁵ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 13 ss.; e, di recente, anche per altri riferimenti, G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 1, 4, 7.

⁴⁶ Tesi critica nei confronti della dottrina della “doppia misura” presentata in A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 341 ss., spec. 347, 366-367, 374 ss.; in direzione analoga, L. CONTRERAS CHAIMOVICH, *El injusto de comportamiento en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Al mismo tiempo una crítica a la teoría de la doble posición*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 219 ss. Sul punto si sofferma anche M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Criminalia*, 2021, 2 ss., il quale, riflettendo sulla relatività della distinzione fra “misura oggettiva” e “misura soggettiva” della colpa, in maniera del tutto coerente alle proposte di riforma in esame, riporta l'attenzione sulla definizione del “grado” idoneo a segnare la rilevanza penale dell'inosservanza. Cfr. in termini per certi versi analoghi, nonostante la collocazione della colpa nella colpevolezza, lo studio di T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 876 ss.

di cui al co. 3, del «livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute» non si riferisce, in realtà, all'autore del fatto inteso come agente concreto – non definisce cioè una vera e propria misura personalizzata –, bensì ad un agente modello-differenziato (ad es., lo specializzando, il medico specialista ipoteticamente impiegato, per ragioni di emergenza, in altro reparto, ecc.).

Ciò nonostante, sia che si preferisca accogliere l'impostazione della “doppia misura”, sia che si prediliga una concezione “unidimensionale” della colpa scandita da fasi di giudizio (come appena sostenuto), si può convergere sulla funzione da assegnare ai criteri di cui al co. 3 della proposta in esame, ed al giudizio di esigibilità del rispetto della regola cautelare in contesto colposo in generale, che è quella di rivolgere un chiaro messaggio all'interprete: *concretizza il giudizio, cala la regola nel contesto e chiediti se era ragionevolmente applicabile da un agente simile a quello concreto*⁴⁷.

Pertanto:

Colpa penale (tipicità-soggettiva del fatto) = violazione della regola cautelare + quid pluris di gravità penale (deviazione rilevante dalla regola cautelare + rischio irragionevole + esigibilità contestuale)

L'impostazione che riconduce la colpa-grave alla *tipicità-soggettiva* dell'illecito appare coerente sotto il profilo della demarcazione fra la dimensione *generalizzante*, ancorché soggettiva, e quella

⁴⁷ Cfr. S. BONINI, *Colpa sportiva*, in *Reato colposo*, cit., spec. 276 ss. e nt. 70, il quale osserva come appaia «fecondo [...] il mantenimento dell'idea di una doppia misura: sia su un piano analitico, sia sul piano del “dialogo fra formanti”». È da tempo ormai che la dottrina “suggerisce” alla giurisprudenza la visuale della doppia misura, e proporre un abbandono potrebbe risultare controproducente». Il monito dell'A., che invita a prestare attenzione più alla “bontà” dei risultati che alle etichette, è condivisibile; in questo senso, però, proprio per le ragioni schematicamente indicate nel testo, tendo comunque a ritenere che migliori soluzioni potrebbero scaturire dall'adozione di una grammatica unidimensionale che, in quanto tale, non “discrimini” fra elementi di gravità comunque basati su parametri generalizzanti, ancorché contestuali (fra quelli del co. 2 e quelli del co. 3 della *seconda bozza* in esame).

Sia inoltre consentito evidenziare che, anche all'interno dell'eterogeneo orientamento dottrinale che sostiene il modello della “doppia misura”, non v'è accordo su quali giudizi vadano inseriti nel fatto-tipico e quali nella colpevolezza. Elementi di valutazione come *l'homo eiusdem condicionis et professionis*, la riconoscibilità dell'*Anlass* e il “principio di affidamento” si ritrovano sia nella “misura oggettiva” che all'interno della colpevolezza colposa. Cfr. ad es. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334, spec. nt. 34; M. GROTTI, voce *Scusanti della colpa*, in *Reato colposo*, cit., 1153, 1169 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 21, sulla riconducibilità della virtù disculpante dell'affidamento (ragionevolmente riposto nella condotta del terzo o nella validità/efficacia della *lex artis* adottata, a seconda dei casi) al campo delle “scusanti”; e D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 145 ss., il quale, identificando il giudizio sulla riconoscibilità dell'*Anlass* con la condizione di «sussistenza di una responsabilità autenticamente personale ex art. 27 Cost.», richiede che la «*situazione tipica dell'uso*» della regola modale sia «*vista o ignorata per colpa dal soggetto agente*», e non già meramente «*pre-vista o esplorata*» come viene sostenuto dalla dottrina tradizionale in chiave “deontica”; si richiede quindi un elemento cosciente, se l'*Anlass* deve essere *vista*, oppure un giudizio di colpa normativa – per essersi posto l'agente «colpevolmente nelle condizioni di non poter avvistare» la situazione tipica di rischio – basato su di una precedente violazione cautelare, se l'*Anlass* può essere anche *ignorata per colpa* (eventualità rispetto alla quale, però, mi sembra, si potrebbero porre nuovamente le medesime questioni rispetto alla regola precedentemente violata: la visione dell'*Anlass* o un'altra precedente violazione cautelare, e così potenzialmente all'infinito); comunque sia, nella tesi dell'A. tale profilo lega direttamente il «primo elemento di tipicità» (*op. ult. cit.*, 148) alla «misura soggettiva»: «La *magna pars* della rimproverabilità e il tasso di autentico personalismo nella colpa si rinvengono [...] nel rapporto tra il soggetto agente e la specifica *Anlass* che gli si poneva di fronte» (153-154).

personalizzante, focalizzata sull'individuo, del processo di imputazione di responsabilità⁴⁸; inoltre, con essa si ottiene una caratterizzazione della "fattispecie giudiziale" tale per cui, non solo la modalità colposa rilevante (la regola cautelare inosservata), ma anche tutti gli elementi di rilevanza penale del fatto antigiuridico dovranno essere indicati in sede di contestazione, a tutto vantaggio del corretto esercizio del diritto di difesa.

Tuttavia, anche questa soluzione imporrebbe di regolare il raccordo fra la formula assolutoria impiegata e la permanenza o meno dell'istanza risarcitoria⁴⁹. In questo senso, *de iure condendo* potrebbe essere auspicabile la predisposizione di una disciplina esplicitamente idonea a far sì che, per mancanza di qualunque elemento di colpa grave (deviazione rilevante dalla regola cautelare, irragionevolezza del rischio, esigibilità contestuale), sia consentito pronunciare sentenza di assoluzione perché il "fatto non sussiste" – laddove per "fatto" si intenderebbe "fatto tipico-colposo" –, senza che ciò di per sé pregiudichi il risarcimento del danno, qualora ne sussistano i requisiti. E ciò resterebbe possibile qualora le motivazioni indicassero che il fatto tipico-colposo "non sussiste" (a) per mancanza di *elementi qualificanti il grado della colpa penale* e, quindi, la *tipicità soggettiva* qualificata su quei *tre piani di valutazione ex ante* (ferma restando, in ipotesi, una colpa non-grave rilevante a fini risarcitori, sempre che non si ritenga applicabile l'art. 2236 c.c. in virtù della «speciale difficoltà» *tecnica* contestuale, riferibile ad un sottoinsieme di casi riconducibili alla più ampia inesigibilità *ex co.* 3 della seconda bozza), oppure (b) per il mancato accertamento di elementi della *tipicità oggettiva* tendenzialmente comuni all'illecito civile, rispetto ai quali potrebbe però rilevare, oltre al criterio sostanziale di imputazione causale od "oggettiva" (normativa), anche la diversa regola di giudizio⁵⁰.

6.2. Il principio di affidamento come «pietra angolare della tipicità colposa» e il giudizio comparativo di colpa relazionale-grave

In conclusione, la *Relazione* alla seconda bozza di articolato dà conto anche della proposta, avanzata in sede di dibattito sulla prima versione, di valorizzare il profilo relazionale della colpa penale (*supra*, § 3.2). A questo riguardo, leggiamo che, «pur apparendo stimolante la prospettiva di dedicare un'apposita previsione alle prestazioni plurisoggettive, rimarcando il ruolo fondamentale giocato dal principio

⁴⁸ Le caratteristiche dell'autore e la sua eventuale inidoneità (fisica, intellettuale, psicologica, ecc.) a rispondere a determinate aspettative di prudenza e diligenza potrebbero rilevare, non già in sede di "misura soggettiva" della colpa, bensì di imputabilità (A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 374 ss.).

⁴⁹ Cfr. *supra*, nt. 42-43.

⁵⁰ Gli elementi di *tipicità oggettiva* dati dal nesso di causalità e dal "nesso di rischio" (comprensivo di tutti i criteri di imputazione oggettiva dell'evento *ex post*, quindi anche la cd. "causalità omissiva") potrebbero non sussistere sul piano *sostanziale* del *criterio valutativo* prescelto (ad es., l'evitabilità dell'evento, ritenuta generalmente imprescindibile in sede penale, in luogo del mero "aumento del rischio" o della "mancata diminuzione del rischio", criteri attualmente accantonati dalla dottrina prevalente – cfr. però, al riguardo, i riferimenti nelle nt. 22-23 –); oppure, in virtù di un "ragionevole dubbio" *probatorio*, dirimente sul piano della responsabilità penale e più stringente del canone civilistico del "più probabile che non". Circa le interpretazioni discordanti delle sezioni penali e civili della Cassazione a proposito delle regole di giudizio applicabili, in particolare, alla fase del rinvio *ex art.* 622 c.p.p. per l'accertamento del danno da reato (di recente, Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2019 (dep. 12 giugno 2019), n. 15859, spec. §§ 21 ss.), cfr. criticamente G. CANZIO, G. IADECOLA, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2020; nonché i riferimenti *supra*, in nt. 43.

di affidamento, il sottogruppo ha concluso che siffatto principio dispieghi una valenza non settoriale, che merita di essere esplicitata in una norma di parte generale».

Questa considerazione consente di riflettere sul rilievo e la portata del cd. “principio di affidamento”⁵¹, il quale può assumere un ruolo generale, fondante e strutturale, nella disciplina del giudizio di colpa penale-grave. Il meccanismo normativo sotteso al funzionamento del criterio di giudizio dell’affidamento, infatti, appare idoneo a riflettere la medesima dinamica *regola/eccezione* sottesa all’attuale proposta di disciplina: la *non punibilità*, salvo *colpa grave*.

L’affidamento legittimamente riposto sia nella condotta diligente degli altri consociati con cui si interagisce, sia nella validità delle cautele “predefinite” poste a presidio di una determinata attività (ad es. i protocolli), indica la regola della “non punibilità”, a seconda dei casi, per la negligenza altrui o per l’evento causato o non evitato adottando una regola modale predeterminata (cioè l’esclusione della colpa generica cd. “residuale”). Tuttavia, in ipotesi concretamente qualificate, in questo senso eccezionali, tale affidamento può cedere il passo alla configurazione di doveri di diligenza o prudenza “residuali” e “relazionali”, cioè aventi ad oggetto la condotta di terzi interagenti⁵².

Da questo punto di vista, una *colpa grave* sarebbe configurabile non solo in ipotesi di rilevante deviazione da una regola cautelare preesistente (in base ai criteri dei commi 2 e 3 della bozza in esame), ma anche qualora l’osservanza di un’aspettativa non altrimenti predefinita, ma formulata *ad hoc* (idealmente) in sede di contestazione, qual è ad es. il dovere di vigilanza sull’attività del terzo interagente, sia sorretta dai medesimi parametri di esigibilità.

Questo ragionamento, che esprime il medesimo rapporto *non punibilità vs. colpa grave* sul piano plurisoggettivo, mostra la virtù normologica del principio di affidamento e come esso possa candidarsi ad assumere, anche nella prassi, il ruolo e la funzione di «pietra angolare della tipicità colposa»⁵³, dando ragione alla scelta del Sottogruppo di non inserirlo nell’articolato in materia di colpa sanitaria e all’auspicio, espresso nella *Relazione*, che possa essere riconosciuto in una norma generale.

Il principio di affidamento è *fondante e giustificante* perché definisce i “blocchi di partenza” delle interazioni rischiose (= dalle quali potrebbero scaturire eventi lesivi). Esso attribuisce validità normativa a quelle pretese o aspettative di prudenza, diligenza e perizia (regole cautelari) che, essendo prestabilite (e quindi «tipiche»), cioè riconosciute e radicate nel tessuto sociale/professionale di riferimento, è lecito attendersi dagli altri nella vita di relazione⁵⁴.

Questa dinamica relazionale generale mostra i due volti del principio di affidamento: quello “deontico” e quello “liberale”. Il primo fonda un regime di convivenza basato sull’attribuzione di doveri di diligenza (limiti alla libertà di azione), in virtù del tipo di attività svolta da ciascuno nel relazionarsi con gli altri; il

⁵¹ Ora, per tutti e gli opportuni riferimenti, M. MANTOVANI, *Principio di affidamento*, in *Reato colposo*, cit., 1 ss.

⁵² Colgono l’efficacia (relativamente) “discolpante” dell’affidamento ragionevolmente risposto nella validità delle regole cautelari prestabilite (linee-guida determinate o protocolli), al di là di talune diverse sfumature apprezzabili sul piano sistematico, A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., 13 ss., 24 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 21.

⁵³ L’espressione citata, che meglio di ogni altra è in grado di riflettere il ruolo centrale dell’affidamento nella colpa in generale (non solo in quella “relazionale”), è di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 282.

⁵⁴ Chiunque attraverso un incrocio, si attende legittimamente che – e agisce in base all’aspettativa secondo cui – sia rispettato il diritto di precedenza; il chirurgo in sala operatoria agisce sulla scorta di quanto è lecito attendersi dall’anestesista; il datore di lavoro si attende che i lavoratori formati e informati rispetteranno le istruzioni impartite; ecc. V. già G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 198-199.

secondo, quello liberale, condiziona l'insorgenza di doveri ulteriori, ad es. di controllo reciproco, ad una *riconoscibilità qualificata del pericolo* dato dalla convergente inosservanza del terzo, nel qual caso l'affidamento cessa di essere legittimo e possono sorgere doveri di intervento orientati ad evitare gli eventi lesivi che possano scaturire dall'interazione con il terzo.

Ma come si qualifica detta *riconoscibilità*, che schiude le porte alla cd. colpa generica "residuale"? Premesso che, da un lato, *la regola dell'affidamento legittimo assicura la vigenza della regola della "non punibilità"* e, dall'altro, *l'assenza di affidamento legittimo consentirebbe la punibilità del sanitario, ma solo per colpa relazionale grave*, la riconoscibilità idonea a far scattare l'eccezione della punibilità andrebbe valutata, nel quadro normativo in esame, proprio alla stregua dei criteri di colpa grave della proposta AIPDP: in particolare, la irragionevolezza del rischio (co. 2) e l'esigibilità contestuale dell'osservanza (co. 3).

Quei medesimi parametri potrebbero essere quindi declinati tenendo conto di un ulteriore criterio di gravità "comparativa", proposto, già in altra sede, allo scopo di equiparare il giudizio di *colpa per inosservanza di regole prestabilite* a quello di *colpa per inosservanza di aspettative di formulazione giudiziale* (ad es., per inosservanza di un dovere "relazionale" di vigilanza, quale eccezione al legittimo affidamento). Secondo questo criterio, l'inosservanza di un'aspettativa di prudenza e diligenza non standardizzata («atipica») potrà essere ritenuta *così grave* da meritare la stessa rilevanza assegnata alla violazione delle regole modali predefinite («tipiche») solo qualora l'adeguamento ad essa possa ritenersi *altrettanto esigibile*⁵⁵

Concretizzando il ragionamento – e provando a coniugare detto criterio comparativo con gli indici di colpa grave della proposta AIPDP, – compito dell'interprete sarebbe quello di ricavare da quei *tre parametri* (il discostamento rilevante dallo standard cautelare, l'irragionevolezza del rischio creato e l'esigibilità contestuale dell'osservanza) un *coefficiente generale di "esigibilità oggettiva"*, utile a valutare quando l'inosservanza di un'aspettativa di prudenza e diligenza "nuova" (non predefinita, «atipica»: ad es., il mancato riconoscimento del convergente errore altrui) possa essere ritenuta *altrettanto grave* e quindi penalmente rilevante.

Ad esempio, può darsi l'ipotesi di un medico legittimato a fare affidamento sulla correttezza del precedente esame diagnostico del collega di altra specialità. In casi simili, soltanto l'esistenza di evidenti segnali di un errore grossolano, immediatamente riconoscibili da qualunque specialista, tali per cui sarebbe irragionevole il rischio assunto qualora il secondo specialista non richiedesse un ulteriore controllo, e sempre che non sussistano ragioni circostanziali tali da rendere scarsamente esigibile lo svolgimento di una ulteriore indagine sul paziente, sarebbe ipotizzabile la sua colpa relazionale grave (in ipotesi di mancato secondo controllo con esito lesivo)⁵⁶.

⁵⁵ A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 225 ss. (sulla distinzione fra regole «tipiche» e aspettative di prudenza «atipiche»), 233 ss., spec. 315 ss. (sulla valenza normologica strutturale del principio di affidamento in materia di colpa), 348 ss., 386-738, spec. 394 (sul criterio comparativo di colpa grave). Su questa proposta, cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 193 ss., spec. 198-199.

⁵⁶ Il medesimo schema sarebbe applicabile anche all'interazione responsabile del medico con i sistemi diagnostici di Intelligenza Artificiale: legittimando l'aspettativa del primo nei confronti del corretto responso della seconda, fino a quando sia possibile sostenere la riconoscibilità qualificata (dall'inequivocabile evidenza dei segnali, dalla irragionevolezza del rischio rappresentabile e stante l'esigibilità contestuale) della necessità di disattendere l'indicazione che porterebbe ad un esito prevedibilmente dannoso del trattamento; rispondendo per l'evento,

7. Statuti differenziati di colpa penale? Spunti di metodo e di merito

Quanto appena osservato circa il valore fondante attribuibile al “principio di affidamento”⁵⁷, però, ripropone una questione dirimente nel dibattito attuale: quali, fra i profili di *colpa penale-grave* considerati, non sarebbero invece rilevanti in ottica generale, cioè al di là della colpa in ambito sanitario? Così come appare ingiustificata la marginalizzazione dell’affidamento in altri settori di responsabilità (come la colpa stradale e quella datoriale⁵⁸), lo stesso vale per altri elementi strutturali della colpa, quali la concretizzazione del “nesso di rischio” e l’esigibilità della condotta diligente alla luce del contesto.

Se non v’è motivo che tali elementi valgano solo per alcuni settori e non per altri, l’unico profilo idoneo, eventualmente, a qualificare regimi particolari di colpa penale per settori di responsabilità potrebbe essere quello del grado della colpa *ex ante*, sul piano della deviazione dalla regola e/o della irragionevolezza del rischio. Per ragioni di opportunità politico-criminale, si potrebbe scegliere di non alzare la soglia di rilevanza penale dell’errore con esito lesivo in contesti nei quali, al contrario, si ritenga che debbano prevalere esigenze di controllo repressivo, di general-prevenzione o, semplicemente, di simbolismo punitivo. Ad esempio, si condivide o meno, si potrebbe ritenere che il numero drammatico di morti sul lavoro e la percezione del fenomeno nell’opinione pubblica non consentano, in termini di opportunità, di “scriminare” inosservanze commesse da soggetti apicali che, ancorché lievi sul piano del disvalore della condotta *ex ante*, abbiano condotto ad un esito mortale e risultino quindi inaccettabili *ex post*.

Tuttavia, sul piano del dialogo tra formanti, occorre anche chiedersi: (i) se/come l’identità concettuale della colpa penale come categoria unitaria (per tutti gli altri profili “genetici” della stessa, escluso il grado di disvalore *ex ante* richiesto) possa essere proficuamente espressa da definizioni strutturalmente divergenti di *colpe penali differenziate*; (ii) inoltre, memori dell’esperienza degli ultimi anni proprio in materia di colpa medica, fino a che punto sia lecito attendersi, realisticamente, che la giurisprudenza sia in grado di “assimilare” diversi e concorrenti modelli di disciplina.

Per quanto concerne il primo aspetto, il Sottogruppo AIPDP dedito alla elaborazione della proposta per la colpa sanitaria, come visto, compie – fra le altre – due scelte strategiche fondamentali (entrambe condivise): (1) l’abbandono della tecnica normativa adottata nelle riforme *Balduzzi* e *Gelli-Bianco*⁵⁹; (2) la valorizzazione del contesto ai fini del giudizio di inesigibilità. Pertanto, come si anticipava, l’ulteriore questione che ci si deve porre è come potremo ricostruire ed interpretare le altre *colpe penali* che

qualora il medico non se ne sia reso conto, soltanto in ipotesi di colpa grave. In argomento, anche per altri riferimenti e sviluppi, sia consentito richiamare M. VERDICCHIO, A. PERIN, *When Doctors and AI Interact: on Human Responsibility for Artificial Risks*, in *Philos. & Technol.*, vol. 35(11), 2022, § 5.2 ss. <https://doi.org/10.1007/s13347-022-00506-6>.

⁵⁷ Ciò che rende legittimo parlare di “principio”, non solo di “criterio”: dal primo punto di vista esso assume una funzione normologica generale; dal secondo quella di strumento di giudizio d’imputazione per colpa.

⁵⁸ Sia consentito, al riguardo, anche per altri riferimenti, rinviare ad A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 253 ss., 275 ss.

⁵⁹ Cioè il congedo «dal riferimento alle linee guida, in ragione degli scarsi risultati prodotti dall’ingresso dei saperi codificati nell’art. 590-*sexies* c.p. e nell’interpretazione giurisprudenziale, che ha coltivato l’artificiosa distinzione tra errori nella fase di individuazione e nella fase di applicazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, conducendo a una sterilizzazione applicativa della causa di non punibilità» (*punto 4 della Relazione*).

dovessero adottare il modello delle linee-guida (foriero di così tante difficoltà interpretative) e che, d'altro canto, non dovessero richiedere – almeno espressamente – un ulteriore giudizio di esigibilità in concreto⁶⁰

Dal secondo punto di vista – chiaramente legato al precedente –, il timore che si intende esprimere è che l'elaborazione di statuti di colpe differenziate, oltre a generare potenziali asimmetrie (eventualmente difficili da giustificare in ottica di sistema, al di là delle cennate valutazioni di opportunità), possa comportare anche il rischio di rendere ancor più complesso il lavoro degli interpreti. A questo riguardo, sarebbe forse utile riconoscere che il fallimento delle riforme *Balduzzi* e *Gelli-Bianco* è stato anzitutto il fallimento di modelli di difficile interpretazione. Basti a testimoniarlo la eccezionale densità del dibattito scientifico che ne è scaturito, anche in seguito alla sintomatica – e assai discutibile – soluzione di compromesso adottata dalle Sez. un. *Mariotti*⁶¹. In questo senso, quel medesimo scenario di eccessiva complessità interpretativa – che si intenderebbe ridurre o superare – potrebbe invece espandersi e moltiplicarsi, a discapito della prevedibilità del diritto e del principio di uguaglianza.

Pertanto, benché appaia proficuo esplorare la possibilità di prevedere profili di disciplina differenziati (sul piano del grado di colpa richiesto, o eventualmente su quello delle circostanze), sembra opportuno non perdere di vista la prospettiva generale: la *colpa penale (grave)*⁶².

Si intende esprimere, in questo modo, anche una prudente fiducia nei riguardi del *dialogo evolutivo fra dottrina e giurisprudenza*⁶³, un dialogo che – seppur lentamente, seppur in maniera talvolta ondivaga –, grazie alla lucidità di alcune espressioni della magistratura, sta dando i suoi frutti: nel riconoscimento sempre più coraggioso dell'affidamento come criterio di giudizio della colpa *ex ante*, nella concretizzazione del giudizio alla luce del contesto, nell'accertamento della concretizzazione del “nesso di rischio”⁶⁴.

Suscita perplessità analoghe a quelle legate alla previsione di statuti di colpe differenziate anche il ricorso agli “scudi”: non soltanto in ragione delle medesime prevedibili difficoltà applicative⁶⁵, ma

⁶⁰ Cfr. *supra*, nt. 32.

⁶¹ Cfr., fra i tanti, i riferimenti indicati *supra*, in nt. 4.

⁶² Pur mostrandosi favorevole alla considerazione *differenziata* della colpa penale, avverte i rischi della previsione di discipline differenti per comparti disciplinari, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, cit., 205-206 («Gli esiti di differenziazione non vanno [...] esasperati, per non disperdere lo schema imputativo di riferimento»). Cfr. inoltre, nello stesso volume, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 189, il quale osserva che «il laboratorio della colpa medica non vanta certo l'“esclusiva”, ma si muove a mò di battistrada e sprona a un riesame complessivo della disciplina del reato colposo di evento, con l'introduzione della gravità della colpa quale limite della rilevanza penale del fatto per tutte le attività che si caratterizzano per la speciale difficoltà della prestazione in ragione del contesto nella quale viene eseguita [...]»; nonché G. AMARELLI, voce *Non punibilità*, cit., 837, circa l'ipotesi di *generalizzare* la regola della punibilità solo per colpa grave oltre l'ambito sanitario, «evitando [...] la creazione di discipline differenziate per comparti disciplinari, produttive di inevitabili asimmetrie non sempre del tutto ragionevoli come, ad esempio, quelle attualmente venutesi a creare tra la colpa medica e gli infortuni sul lavoro».

⁶³ Cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, cit., 189-190, sulla «sfiducia nella responsabilità individuale» (del medico e del giudice) che caratterizza l'intera vicenda della colpa medica.

⁶⁴ Si rinvia al riguardo ad A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, cit., 288 ss.

⁶⁵ Sul punto, C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 16.

anche perché l'adozione di regimi eccezionali⁶⁶ sottende l'idea che sia consentito manipolare le categorie generali in funzione di determinate situazioni contingenti, invece di predisporre quelle categorie per far fronte adeguatamente anche alle situazioni di emergenza.

Una corretta definizione del criterio d'imputazione in esame dovrebbe invece consentire di escludere qualunque "rischio penale" *a meno che*, oltre alle ulteriori valutazioni selettive esaminate, l'osservanza dell'aspettativa di prudenza e diligenza astrattamente rilevante sia concretamente esigibile in ragione del contesto⁶⁷. La virtù della disciplina esaminata (specialmente la seconda proposta), se compresa nella sua *ratio* fondamentale e presa sul serio dagli interpreti, starebbe quindi anche nel fatto di rendere idealmente superfluo qualunque regime differenziato per situazioni emergenziali⁶⁸.

⁶⁶ Cfr., anche per altri riferimenti a questo specifico dibattito e alle proposte di introduzione di apposite discipline volte ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa del sanitario e plasmate sulle peculiarità della medicina dell'emergenza pandemica, E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 15 febbraio 2021, 12 ss.

⁶⁷ Idea espressa con chiarezza da R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 7, 85 ss., 100, secondo il quale «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari»; cfr. però D. MICHELETTI, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori*, cit., 7 ss., il quale sostiene che un'interpretazione garantista della colpa – già riflessa da alcune recenti espressioni della Corte di Cassazione – non riesce comunque a scongiurare l'avvio di indagini arbitrarie, «velleitarie intraprendenze della magistratura requirente nonché la formazione di una giurisprudenza di merito quanto mai approssimativa, volubile e severa»; il che spiegherebbe la funzioni attribuibile agli "scudi". Su questo dibattito, anche per altri riferimenti, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia*, cit., 12 ss.

⁶⁸ L'accoglimento di questi modelli definitivi si rivelerebbe quindi di scarsa utilità senza una rinnovata sensibilità (interpretativa-applicativa) circa la necessità di concretizzare il giudizio di attribuzione, tenendo conto delle circostanze – eventualmente, emergenziali ed eccezionali – in cui l'agente si trovi ad operare ed escludendo così la punibilità di colpe non gravi. In questo senso anche L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 9, la quale, oltre a sostenere, in via generale, la soluzione della colpa grave, sottolinea che essa, tuttavia, «resterà poca cosa» se non sarà accompagnata da una «nuova idea corale della responsabilità medica come responsabilità da rischio lecito» e, soprattutto, con riferimento ai profili organizzativi a monte (cfr. il co. 4 delle proposte di riforma), da «una rivalutazione assiologica e finanziaria della sanità come ganglio cruciale del *welfare*»; conclusioni analoghe in E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento*, cit., 23-24.