

Collana diretta da

Guido Alpa - Gaia Garofalo - Luca Di Donna - Bartolomeo Romano

# La responsabilità penale nelle professioni sanitarie

a cura di

Bartolomeo Romano

*La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*

# **Sanità, diritto, economia**

Collana diretta da

Guido Alpa - Gaia Garofalo - Luca Di Donna - Bartolomeo Romano

1. *La responsabilità sanitaria*, a cura di Guido Alpa
2. *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, a cura di Bartolomeo Romano

Di prossima pubblicazione

- *La sicurezza delle cure*
- *Diritto alla salute e tutela della privacy*

# **La responsabilità penale nelle professioni sanitarie**

**a cura di  
Bartolomeo Romano**

  
**Pacini  
Giuridica**



© Copyright 2019 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-052-7

*Realizzazione editoriale*



Via A. Gherardesca  
56121 Ospedaletto (Pisa)

*Responsabile di redazione*

Gloria Giacomelli

*Fotolito e Stampa*

**IGP** Industrie Grafiche Pacini

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.  
Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail [segreteria@aidro.org](mailto:segreteria@aidro.org) e sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org)

# Indice

<b>Abbreviazioni</b> .....	pag.	IX
<b>CAPITOLO I</b>		
<b>La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi</b> (Bartolomeo Romano)..... »		1
1. Considerazioni introduttive .....	»	1
2. Le tradizionali letture della responsabilità medica .....	»	2
3. Il decreto Balduzzi .....	»	4
4. La legge Gelli-Bianco .....	»	6
5. I nuovi problemi interpretativi nelle letture della Cassazione .....	»	9
6. Un primo, provvisorio, bilancio.....	»	12
7. Scenari futuri.....	»	13
<b>CAPITOLO II</b>		
<b>L'esercente una professione sanitaria</b> (Matteo Caputo) .....	»	17
1. Un ritorno al passato: da una locuzione <i>vintage</i> all'individuazione di un elenco preciso di destinatari.....	»	17
2. L'impatto della legge n. 3 del 2018 .....	»	22
3. Il "peso" di un concetto normativo in una fattispecie astratta di esenzione da pena .....	»	26
4. Il reato proprio di cui al co. 1 dell'art. 590- <i>sexies</i> c.p. e le ripercussioni in tema di posizione di garanzia e di colpa .....	»	29
5. I rapporti tra qualifica soggettiva, esenzione da pena ed esercizio abusivo della professione sanitaria e i riflessi sulla sfera processuale .....	»	31
6. Quale futuro per le professioni sanitarie? .....	»	34
<b>CAPITOLO III</b>		
<b>Le condotte penalmente rilevanti</b> (Diana Zingales) .....	»	39
1. La condotta attiva.....	»	39
2. La condotta omissiva .....	»	50
3. L'accertamento del rapporto causale .....	»	58
<b>CAPITOLO IV</b>		
<b>La responsabilità colposa per morte o lesioni personali</b> (Cristiano Cupelli)»		75
1. Premessa .....	»	75
2. Il contesto. La medicina difensiva e i limiti della legge Balduzzi.....	»	77
3. La legge Gelli-Bianco e i risvolti penalistici: un'introduzione.....	»	78

3.1. Il ruolo delle linee guida..... »	79
3.2. (Segue) Le “nuove” linee guida nelle motivazioni delle Sezioni Unite..... »	81
3.3. (Segue) Il giudizio di adeguatezza. .... »	82
3.4. (Segue) Le buone pratiche clinico-assistenziali. .... »	84
4. Una fattispecie <i>ad hoc</i> per la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590- <i>sexies</i> c.p. .... »	84
4.1. (Segue) Il contrasto sul perimetro applicativo..... »	85
4.2. Il metodo delle Sezioni Unite..... »	87
4.3. La reviviscenza del grado della colpa..... »	89
4.4. I riflessi..... »	91
5. Una soluzione di buon senso, con qualche perplessità. .... »	92
5.1. (Segue) ...sul piano metodologico..... »	93
5.2. (Segue) ...sul piano contenutistico..... »	94
5.3. L’art. 2236 c.c., la misura soggettiva e il rilievo dei c.d. “fattori contestuali”. .... »	98
6. Conclusioni e proposte (necessariamente provvisorie). .... »	100

## CAPITOLO V

<b>I confini giuridici dell’attività medico-chirurgica</b> (Gabriele Civello) .... »	103
1. Il fondamento giuridico della liceità dell’attività medico-chirurgica: a) la rilevanza del consenso dell’avente diritto. .... »	103
1.1. Le fonti normative in tema di consenso informato..... »	106
1.2. I requisiti soggettivi del consenso informato..... »	109
1.3. I requisiti oggettivi del consenso informato..... »	113
1.4. L’assenza del valido consenso e i suoi effetti. .... »	117
2. (Segue) b) I limiti dello stato di necessità..... »	122
3. (Segue) c) L’esercizio di un diritto. .... »	127
4. Il problema della sperimentazione clinica. .... »	130
4.1. Le fonti normative in tema di sperimentazione clinica..... »	131
4.2. L’impiego “ <i>off label</i> ” di farmaci ..... »	139

## CAPITOLO VI

<b>Libertà di autodeterminazione e disposizioni anticipate di trattamento</b> (Cristiano Cupelli)..... »	145
1. Il tema. .... »	145
2. I presupposti. .... »	146
3. I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel <i>diritto giurisprudenziale</i> . .... »	148
4. L’intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017. .... »	150
4.1. Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore. .... »	151
4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure..... »	154

5. Il <i>peso</i> della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali). . . . . »	156
6. L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico. . . . . »	158
7. L'interruzione di un trattamento <i>già in atto</i> . . . . . »	162
8. L'obiezione di coscienza e il <i>limite</i> deontologico. . . . . »	164
9. Conclusioni. Gli scenari aperti dal caso Cappato. . . . . »	166

## CAPITOLO VII

<b>La responsabilità colposa nelle attività in <i>équipe</i></b> (Alessandra Palma) . . . »	177
1. La cooperazione in ambito sanitario e i diversi modelli di organizzazione. . . . . »	177
2. Individuazione del soggetto garante. . . . . »	180
3. La successione di garanti nella cura del paziente. . . . . »	184
4. Regole cautelari fondanti la responsabilità nell'attività medica plurisoggettiva: dovere di controllo <i>versus</i> principio di affidamento. . . . . »	188
5. I limiti al principio di affidamento. . . . . »	191
6. L'esigibilità dell'adempimento del dovere di controllo. . . . . »	195
7. Responsabilità del medico in posizione subalterna rispetto ai fatti commessi dal superiore gerarchico o in esecuzione di direttive da questi impartite. . . . . »	199
8. Responsabilità del personale sanitario per carenze strutturali ed organizzative. . . . . »	202
9. La recente introduzione dell'art. 590 <i>sexies</i> c.p.: quali ripercussioni sulla responsabilità d' <i>équipe</i> ? . . . . . »	204

## CAPITOLO VIII

<b>Altri reati degli esercenti una professione sanitaria</b> (Paolo Procaccianti e Antonella Argo) . . . . . »	209
1. L'esercizio abusivo della professione. . . . . »	209
2. L'omessa comunicazione all'autorità giudiziaria. . . . . »	214
3. I reati di falso. . . . . »	220
4. Il favoreggiamento personale. . . . . »	226
5. Reati in materia di interruzione illegale della gravidanza. . . . . »	227
6. La procreazione medicalmente assistita. . . . . »	232
7. Il traffico di organi prelevati da persona vivente. . . . . »	238

<b>CAPITOLO IX</b> . . . . . »	245
--------------------------------	-----

<b>Il contributo peritale e il ruolo dell'esperto</b> (Giuseppe Di Chiara) . . . . . »	245
1. Il ricorso al sapere specialistico dell'esperto. . . . . »	245
2. Il giudice, la scienza e l'esperto nei laboratori giurisprudenziali. . . . . »	250
3. Le basi conoscitive preliminari su cui si innesta l'accertamento giudiziale di responsabilità per colpa medica. . . . . »	255

4. Dinamiche del contributo dell'esperto e metodologie per la diagnosi giudiziale di responsabilità per colpa medica. .... » 260
5. La ripasmata centralità del collegio peritale e le opzioni di sistema... » 264
6. Una *koinè* culturale condivisa tra medici e giuristi: cenni conclusivi... » 268

**CAPITOLO X**

- Un confronto tra diritto italiano e statunitense** (Andrea R. Di Landro) . » 271
1. La responsabilità dell'operatore sanitario nel diritto statunitense. .... » 271
  2. La tutela penalistica e quella civilistica. .... » 274
  3. L'“accesso alla giustizia” (*access to justice*), i percorsi e gli esiti. .... » 284

**APPENDICI****a cura di Marika Schiavo****Appendice 1**

- Le fonti normative* ..... » 295

**Appendice 2**

- Le fonti bibliografiche* ..... » 317

**Appendice 3**

- Le fonti giurisprudenziali* ..... » 341

- Gli Autori** ..... » 353

## Abbreviazioni

### RIVISTE

<i>Annali di dir. e proc. pen.</i>	= Annali di diritto e procedura penale.
<i>Arch. pen.</i>	= Archivio penale.
<i>Cass. pen.</i>	= Cassazione penale (in realtà, dal 1961 sino al 1982, la dizione completa era Cassazione penale. Massimario annotato, usualmente abbreviato <i>Cass. pen. mass. ann.</i> Tuttavia, trattandosi sostanzialmente della medesima rivista, si è preferito indicare sempre <i>Cass. pen.</i> ).
<i>Dir. pen. cont.</i>	= Diritto penale contemporaneo.
<i>Dir. pen. proc.</i>	= Diritto penale e processo.
<i>Foro it.</i>	= Il Foro italiano.
<i>Giur. cost.</i>	= Giurisprudenza costituzionale.
<i>Giur. it.</i>	= Giurisprudenza italiana.
<i>Giur. merito</i>	= Giurisprudenza di merito.
<i>Giust. pen.</i>	= La Giustizia penale.
<i>Indice pen.</i>	= L'Indice penale.
<i>Leg. pen.</i>	= La legislazione penale.
<i>Riv. dir. proc.</i>	= Rivista di diritto processuale.
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	= Rivista italiana di diritto e procedura penale.
<i>Riv. it. dir. pen.</i>	= Rivista italiana di diritto penale.
<i>Riv. it. med. leg.</i>	= Rivista italiana di medicina legale.
<i>Riv. pen.</i>	= Rivista penale.
<i>Riv. pen. econ.</i>	= Rivista penale dell'economia.
<i>Riv. trim. dir. pen. econ.</i>	= Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia.

### MAGISTRATURE

App.	= Corte di appello.
Ass.	= Corte di assise.
Ass. app.	= Corte di assise di appello.
Cass.	= Cassazione.
Cass. S.U.	= Cassazione Sezioni Unite.
C. cost.	= Corte costituzionale.
C. EDU	= Corte europea dei diritti dell'uomo (detta anche Corte di Strasburgo).
CGUE	= Corte di Giustizia dell'Unione Europea (detta anche Corte di Lussemburgo).

G.I.P.	= Giudice per le indagini preliminari.
p.m.	= pubblico ministero.
Pret.	= Pretura.
Trib.	= Tribunale.

#### OPERE ENCICLOPEDICHE

<i>Dig. disc. pen.</i>	= Digesto delle discipline penalistiche.
<i>Enc. dir.</i>	= Enciclopedia del diritto.
<i>Enc. for.</i>	= Enciclopedia forense.
<i>Enc. giur.</i>	= Enciclopedia giuridica Treccani.
<i>Noviss. dig. it.</i>	= Novissimo digesto italiano.
<i>Nuovo dig.</i>	= Nuovo digesto italiano.

#### RIFERIMENTI NORMATIVI

Il riferimento ad articoli, se non seguito da alcuna precisazione, si intende effettuato al codice penale.

c.c.	= codice civile.
Cost.	= Costituzione.
c.p.m.g.	= codice penale militare di guerra.
c.p.m.p.	= codice penale militare di pace.
c.p.p.	= codice di procedura penale.
c.p.c.	= codice di procedura civile.
d.l.	= decreto legge.
d.lg.	= decreto legislativo.
d.lg.lgt.	= decreto legislativo luogotenenziale.
d.P.R.	= decreto del Presidente della Repubblica.
disp. att.	= disposizioni di attuazione.
disp. prel.	= disposizioni sulla legge in generale (dette anche disposizioni preliminari al c.c.).
l.	= legge.
t.u.	= testo unico.

#### TERMINI DI USO COMUNE E FORMULE CONSUETE

AA.Vv.	= Autori vari.
app.	= appendice.
art.	= articolo.
artt.	= articoli.
cap.	= capitolo.
<i>C.E.D. Cass.</i>	= Centro Elettronico di Documentazione della Suprema Corte di Cassazione.

<i>C.E.D. Merito</i>	= Centro Elettronico di Documentazione della Giurisprudenza di Merito.
cfr.	= confronta.
cit.	= citato.
loc.	= luogo.
n.	= numero.
op. cit.	= opera citata.
op. ult. cit.	= ultima opera citata.
parag.	= paragrafo.
pt. g.	= parte generale.
pt. s.	= parte speciale.
s.	= seguente.
ss.	= seguenti.
sez.	= sezione.
v.	= vedi.
vol.	= volume.



## CAPITOLO IX

# Il contributo peritale e il ruolo dell'esperto

Giuseppe Di Chiara

**Sommario:** 1. Il ricorso al sapere specialistico dell'esperto. – 2. Il giudice, la scienza e l'esperto nei laboratori giurisprudenziali. – 3. Le basi conoscitive preliminari su cui si innesta l'accertamento giudiziale di responsabilità per colpa medica. – 4. Dinamiche del contributo dell'esperto e metodologie per la diagnosi giudiziale di responsabilità per colpa medica. – 5. La riplasmata centralità del collegio peritale e le opzioni di sistema. – 6. Una *koinè* culturale condivisa tra medici e giuristi: cenni conclusivi.

**1. Il ricorso al sapere specialistico dell'esperto.** Nella sezione di epilogo di un lavoro, meritatamente celebrato, sulle correnti che agitano l'esperienza delle prove penali tra *common law* e *civil law*<sup>1</sup>, Mirjan Damaška ha volto il suo sguardo acuto sull'anatomia della prova scientifica nel processo penale continentale e, nelle pieghe del metabolismo decisorio, sul ruolo dell'esperto: i giudici che lo hanno nominato, specie – afferma Damaška – ove siano implicate conoscenze altamente specialistiche, «spesso non riescono a comprendere i suoi misteriosi accertamenti», sicché – continua – «si sta diffondendo il timore che, di nascosto, i giudici stiano delegando i loro poteri decisori a un estraneo, privo di legittimazione politica». E, allora – si chiede il maestro di Yale, vergando una formula di grande forza corrosiva – «il servitore apparente del giudice sta forse diventando il suo segreto padrone?»<sup>2</sup>.

Si tratta, è innegabile, di messa a fuoco che segnala un rischio e un problema reale, ben palese nella pratica operativa concernente l'area della responsabilità medica, materia – lo si è nitidamente rimarcato – per eccel-

---

1 Si tratta di M.R. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven-London, 1997; trad. it., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003.

2 M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 215. La tessitura linguistica originale si mostra ancor più d'impatto: "Is the court's nominal servant becoming its hidden master?" (Id., *Evidence Law Adrift*, cit., 151).

lenza oggetto della prova scientifica<sup>3</sup>. Tutt'altro che secondario, in tal senso, appare il rilievo autorevole di chi, muovendo dall'analisi dell'esperienza medico-legale, ha segnalato come la perizia in tema di responsabilità professionale medica «si colloca in un'area di confine che interseca, frequentemente, l'area di spettanza del magistrato», e «spesso finisce per “fare sentenza”», poiché porre a disposizione del giudice spaccati valutativi profondi circa la condotta del sanitario e la ricostruzione del nesso causale tra condotta e danno «significa penetrare nell'intimo del processo e spesso condizionarlo in modo decisivo»<sup>4</sup>. A tali rilievi ha fatto eco, in chiave sintonica, chi, valorizzando il punto di osservazione dell'operatore del processo, ha di recente sottolineato come, specie in epoca precedente all'entrata in vigore della l. n. 24 del 2017, il magistrato che si fosse trovato avanti a dati interpretativi discordanti, forniti da una pluralità di consulenze mediche specialistiche, non di rado avrebbe finito fideisticamente per rifugiarsi, in ultima analisi, nelle conclusioni del medico legale, sicché «in definitiva poteva essere quest'ultimo a decidere il caso clinico-giudiziario»<sup>5</sup>.

Le chiose di Damaška pongono, dunque, energicamente allo scoperto il rischio che possa scivolarsi, in termini più o meno surrettizi, verso una sorta di strisciante “esternalizzazione” del convincimento del giudice, ove il ricorso al sapere specialistico dell'esperto invada, occupandoli, segmenti decisivi della ricostruzione probatoria del fatto-reato. Si tratta di un rischio reale, che tuttavia non può dirsi si traduca in termini di ineluttabile patologia strutturale del sistema, quasi fosse un suo distopico ma necessitato modo d'essere: poiché la mappa dei rapporti tra funzioni del giudice e saperi dell'esperto conduce a una navigazione ben più complessa, non sempre agevolmente tracciabile su carta nautica o su diari di bordo.

Il trascorrere del tempo ha inciso, infatti, in termini radicali sull'ontologia e sulla deontologia dei rapporti tra *sapientia iuris* e saperi scientifici: e ciò, *ab imis*, tanto per il modificarsi delle architetture dei sistemi giudiziari e delle loro discipline positive, quanto, e soprattutto, perché è radicalmente variato, nell'evolversi del pensiero scientifico, il concetto stesso di scienza, e si è affermata una grammatica del pensiero ispirata a un mo-

3 Cfr., per questa sottolineatura, tra gli altri, C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, dossier su *La prova scientifica nel processo penale*, 29.

4 Così significativamente P. PROCACCIANTI-E. VENTURA SPAGNOLO-C. SORTINO, *Una riflessione medico-legale sulle linee guida di cui alla c.d. “Balduzzi”: la metodologia nell'accertamento del nesso causale in penale. Ruolo della perizia nel processo penale*, in *Il valore dell'uomo*, 2014, fasc. 1, 1.

5 In questi termini M. ARDIGÒ, *L'affidabilità delle decisioni giudiziarie nella prospettiva della legge n. 24 del 2017*, in *Quest. giust.* [[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)], 31 maggio 2017.

dello post-positivistico, che ha abbandonato la fede nelle certezze statiche dello scientismo positivista aprendosi a metodiche di ricerca imperniate sul procedere per tentativi, tipico della sintassi del falsificazionismo come logica della scoperta scientifica<sup>6</sup>. Così, entrambi i mondi, quello dell'accertamento giudiziario e quello del progresso scientifico, sono profondamente variati: ovvio, dunque, che l'evolversi dei loro dialoghi abbia dischiuso – e, può dirsi, dischiuda di continuo – sentieri nuovi, che hanno significativamente inciso anche sull'atteggiarsi dei rapporti tra giudice e perito e delle interazioni tra i rispettivi saperi nei metabolismi del processo penale.

Convorrà, qui, procedere per sintesi. Sarà il caso di muovere, anzitutto, dalla generale configurazione della perizia nel codice di rito penale del 1930, ispirato dall'iperbole della ricerca della verità «materiale» e imperniato sul ruolo svolto dal giudice istruttore, il quale, a norma dell'art. 299 c.p.p. 1930, compiva gli atti «necessari per l'accertamento della verità». In tale contesto, il perito, nominato dal giudice, aveva un obbligo di verità e svolgeva in segreto il suo ufficio; il suo compito, nella cornice del positivismo scienziato di marca ottocentesca, era l'individuazione della legge scientifica pertinente, unica e infallibile, e la sua applicazione al caso di specie, supportata da una valutazione tecnica a rime obbligate; ove il giudice vi avesse aderito, non sarebbe stato necessario, secondo un remoto indirizzo, motivare sul punto<sup>7</sup>; sicché, di fatto, la motivazione sulla questione scientifica finiva per essere, nella sostanza, virtualmente esternalizzata attraverso una cripto-delega all'esperto, che strutturava una sorta di scavo a conca, dischiuso dal giudice, nel cui vuoto si riversava, non di rado acriticamente, il sapere arcano del tecnico estraneo. Il perito, si è finalmente scritto, era «strumento pensante del giudice», cui «sommministrava cognizioni»<sup>8</sup>; da qui la configurazione della perizia come “prova neutra”, al servizio esclusivo dell'organo della decisione.

Le coordinate del sistema sono destinate a mutare profondamente allorché, da una parte, doppiato il capo del vecchio dogmatismo scienziato,

6 La letteratura in tema è notoriamente sterminata: il più centrale dei riferimenti non può che rinviare a K.R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery* (1959), trad. it., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970. Per una raffinata riconsiderazione del tema, attenta ai percorsi storici, e per ulteriori rinvii di letteratura, cfr., per tutti, P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano 2011, 3 ss.

7 Cfr., in tema, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, 386, nota 23.

8 COSÌ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Giuffrè, Milano 2012, 786.

si affermano nuove sintassi nelle metodiche della ricerca scientifica, e dall'altra le mitologie della «verità materiale», proprie delle vecchie modellistiche processuali di impronta inquisitoria, cedono il passo a un modello, pur tutt'altro che puro, di processo *adversary* fondato sul metodo del contraddittorio nella formazione della prova: le due rette convergono verso un linguaggio omogeneo, accomunato dalla consapevolezza che solo attraverso un metodo dialettico, fondato sull'eliminazione progressiva delle inferenze irrilevanti, è possibile l'acquisizione di nuove frontiere di conoscenza; sull'impronta del contraddittorio in senso forte si attestano sintonie intense tra il *modus procedendi* della scienza e le tecniche del procedere giudiziale.

In questa ridisegnata cornice, muta – almeno in termini di dover essere – l'ufficio del perito e si trasformano i flussi dialogici tra l'esperto e il giudice: il sapere del perito si sveste dell'antica impronta autoritativa e perde ogni supremazia nel processo. Si smaschera l'equivoco sotteso all'attribuzione, al perito, dei crismi di imparzialità e di terzietà propri del giudice: all'organo giudiziario – si è rimarcato – queste connotazioni derivano dalla sua collocazione nella dialettica del processo di parti, mentre il perito è immerso nella dialettica della prova, che si nutre di contrapposizione tra le parti<sup>9</sup>. Ciò retroagisce riplasmando i presupposti stessi della nomina dell'esperto, traghettando la perizia lontano dalla luce equivoca della prova “del giudice” propria dei regimi inquisitori: «quando l'argomento tocchi materie fuori dallo scibile comune», si è suggestivamente scritto, «ogni termine dev'essere chiaro ai contraddittori, affinché vi interloquiscano», poiché «non sarebbe trasparente la decisione, magari impeccabile, che il giudice distilasse da una sua scienza non verificabile *hic inde*»<sup>10</sup>; la nomina del perito è, dunque, d'obbligo in ogni ipotesi in cui, ai fini del decidere, si tratti di adoperare saperi di ordine tecnico, scientifico o artistico, poiché l'esperto «è organo utile alle parti prima che al giudice», in quanto «sugli argomenti esorbitanti dal consueto scibile apporta le premesse necessarie al contraddittorio»<sup>11</sup>; e, infatti, «i quesiti al perito», che perimetrano il *thema* sottoposto alle sue competenze, «e i relativi responsi», che riversano dati conoscitivi nel metabolismo probatorio, «fondano un sapere comune»<sup>12</sup>, che si

9 O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 607. Per una cospicua riflessione sul ragionamento probatorio specialistico nel quadro della dialettica processuale cfr. G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 2, 27 ss.

10 F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 785 s.

11 F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 786.

12 Così ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., *loc. ult. cit.*

elabora nelle forme dialogiche del contraddittorio per la prova, posto che il perito declinerà le conoscenze di cui è portatore attraverso risposte alle domande che, sullo scenario dibattimentale, gli verranno poste, in contraddittorio, dalle parti tecniche.

È noto, tuttavia, che al rigore didascalico di tali impostazioni non sempre corrisponde, nell'esperienza concreta del processo giudiziario, un coerente cambio di passo rispetto alle logiche del passato, né sembra soltanto questione di vischiosità mentale degli operatori: il perito – si è nitidamente scritto – fatica a perdere il timbro dell'*ipse dixit*<sup>13</sup>, e il rischio che la perizia assuma surrettiziamente il rango di rediviva prova legale è alto e non di rado si traduce in effetto distorsivo concreto<sup>14</sup>.

Sul punto converrà avvertire subito che il *network* disegnato dalla l. n. 24 del 2017, nei suoi gangli di interferenza con le logiche probatorie proprie dei processi penali per responsabilità da colpa medica, sembra, per paradosso, significativamente incrementare un simile rischio, su cui pur permangono spazi cospicui per scongiurarne il coagulo attraverso la costruzione di una consapevolezza virtuosa dei rinnovati ruoli del collegio peritale, del giudice di merito e della Corte di legittimità.

Converrà, sul punto, esser chiari. Le regole sulla perizia nel processo penale per colpa medica, costringendo adesso entro più solidi binari la procedura di nomina del collegio peritale e rendendo tale nomina *ex professo* obbligatoria, amplia senza dubbio l'orizzonte delle garanzie di metodo e di contesto, sottraendo a una discrezionalità incontrollata del giudice l'*an* e il *quomodo* della nomina degli esperti e imponendo, attraverso una collegialità interdisciplinare, apporti di più saperi riconducibili alla pratica medica; non può, tuttavia, tacersi che questo irrobustimento – pur in sé virtuoso – della macchina scientifico-conoscitiva nei processi per colpa medica, incrementando *per tabulas* l'autorevolezza del responso peritale, rischia di incubare una rinascita dalle proprie ceneri dell'idea inveterata della perizia come centro gravitazionale dell'accertamento giudiziario, riaccreditando surrettiziamente il mito del risultato peritale come esternalizzazione del baricentro decisorio, da cui, pure, la novella del 2017 ha inteso prendere le distanze.

13 Così O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, cit., loc. cit.

14 Sul rischio di una torsione patologica della perizia in chiave di nuova prova legale cfr., per tutti, P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 9.

Non sembra, questo, un aspetto di secondario rilievo, che impone di coltivare antidoti efficaci perché simili possibili visioni distorte non abbiano ad affacciarsi nella pratica operativa, con il rischio di sclerotizzazioni precoci. E il più efficace degli antidoti sembra la coltivazione della consapevolezza del corretto riparto dei ruoli, sullo scenario del processo penale contemporaneo di impronta *adversary*, tra collegio dei periti, consulenti di parte, dialettica probatoria, poteri cognitivi e decisori del giudice, funzioni della Corte di legittimità in ordine alle sintassi della prova scientifica. Non si tratta, come è ben noto, di impresa agevole, passando essa, sul piano giudiziario, attraverso la sedimentazione di una cultura della prova scientifica consapevole e diffusa e attraverso una limpida disponibilità mentale di tutti gli operatori ad accogliere e coltivare tutte le potenzialità virtuose – che sarebbe ingeneroso negare alla radice – del nuovo modello scaturito dalla novella del 2017. Tali compiti sono, d'altronde, agevolati da uno sviluppo giurisprudenziale che ormai da tempo ha messo in cantiere una riflessione di alto profilo sulla grammatica della prova scientifica nel processo penale: gli implementi posti in opera dal nuovo sistema della responsabilità per colpa medica disegnato dalla riforma del 2017 si innestano su questo solido *background*, che converrà, adesso, brevemente passare in rassegna.

**2. Il giudice, la scienza e l'esperto nei laboratori giurisprudenziali.** È, qui, superfluo rammentare il ruolo decisivo svolto dalla “sentenza Franzese”<sup>15</sup> nel disegno coerente di una trama che, nel quadro della giurisprudenza sulla causalità scientifica applicata all'accertamento penale, ha segnato un significativo punto di non ritorno, le cui ricadute in tema di prova della responsabilità per colpa medica sono apparse, da subito, imponenti<sup>16</sup>. Giova, invece, nel quadro della messa a fuoco che adesso si sta conducendo, segnalare come la “sentenza Franzese” abbia

15 Si tratta, come è ben noto, di Cass., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss.

16 La “sentenza Franzese” si è subito imposta come pietra miliare nello stratificarsi della giurisprudenza di legittimità degli ultimi decenni in tema di causalità scientifica, dando luogo allo sviluppo di un dibattito di straordinaria portata, di cui non è possibile dar conto attraverso sobri riferimenti: converrà, qui, limitarsi a qualche rinvio recente, segnalando, tra i lavori che hanno avuto il merito di ripercorrere retrospettivamente l'influenza esercitata dalla pronuncia sulla giurisprudenza e sulla letteratura successiva, almeno F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche. A dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1225 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni*

chiarito che la prova scientifica non è affatto una sorta di prova *sui generis*, sottratta alle comuni regole del processo penale: si iscrive, al contrario, nel *network* delle regole tipiche dell'epistemologia giudiziaria, presiedute e anzi permeate dal metodo dialogico del contraddittorio. Ciò che trova ingresso nell'accertamento processuale non può, dunque, non essere assoggettato ai – per dir così – caratteri biologici del processo, ai suoi criteri di funzionamento, che sono, entro le sue cornici assiologiche, criteri universali: non possono darsi zone franche, né la prova scientifica occupa vuoti pneumatici o bolle assoggettate a logiche antitetiche. Il che – si è acutamente rimarcato – impone una rifondazione del ruolo del giudice rispetto al sapere scientifico: il giudice «non è più debitore del perito che rivela leggi scientifiche e relative percentuali di funzionamento», ma, al contrario, «è chiamato a decidere in ultima analisi l'applicazione della legge [scientifica] al caso concreto soddisfi lo *standard* conoscitivo del processo penale, improntato alla logica dell'oltre ogni ragionevole dubbio»<sup>17</sup>.

Proprio muovendo dalle consapevolzze offerte dalla “sentenza Franzese” si è stratificato, a partire dal 2010, un itinerario di cospicuo carattere, tracciato dalla giurisprudenza della quarta Sezione penale della Corte di Cassazione: la soglia d'esordio, maturatasi nell'ambito dei complessi accertamenti giudiziari in tema di morti da amianto<sup>18</sup>, è costituita da una pronuncia<sup>19</sup> che si caratterizza per la straordinaria qualità del tessuto motivativo e per l'apporto di grande caratura che ha impresso, quale *leading case*, alla riflessione in tema di raccordi tra sapere scientifico e dinamiche probatorie penali. Il ricorso alla prova scientifica – sottolinea la pronuncia – si impone ove l'inferenza probatoria posta a base dell'accertamento del fatto non possa articolarsi sulla scorta del senso comune e, perciò, del sapere diffuso: in tali situazioni «il sapere scientifico costituisce un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito»; occorre, in tal senso, «metabolizzare la complessità» e pervenire a una spiegazione degli accadimenti che risulti «comprensibile per tutti» e, perciò, «ostensibile»<sup>20</sup>. La

---

dalla sentenza Franzese, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2013; al ricco apparato critico di questi contributi si rinvia anche per gli ulteriori richiami.

17 C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., 30.

18 Il tema è finemente esplorato da F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, spec. 572 ss.

19 Si tratta di Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., in *C.E.D. Cass.*, n. 248943, la cui parte motiva è consultabile in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

20 Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., in motivaz., § 14.

transizione «dal complesso e oscuro a un definito, corroborato enunciato fattuale» – prosegue la Corte – «richiede non di rado la soluzione di problemi che riguardano da un lato l'affidabilità, l'imparzialità, delle informazioni che, solitamente attraverso l'indagine peritale, penetrano nel processo», e «dall'altro attengono alla logica correttezza delle inferenze che vengono elaborate», facendo leva «sulle generalizzazioni esplicative elaborate dalla scienza»<sup>21</sup>. Tali «momenti tipici dell'indagine fattuale» – continuano i giudici di legittimità – «vengono discussi nella dialettica processuale e conducono infine al giudizio critico che il giudice di merito è chiamato a esprimere sulle valutazioni tecniche compiute nel processo»<sup>22</sup>. Il percorso motivazionale della sentenza darà conto delle ragioni poste a base di tale opera di ponderazione: documenterà, dunque, il «controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del giudizio», valutando «l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza della scienza», ma anche verificando, «soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica». Sotto tale profilo – rimarca la pronuncia in esame – «il giudice è effettivamente, nel senso più alto, *peritus peritorum*», *id est* «custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo»<sup>23</sup>.

Le modalità, adesso tratteggiate, di acquisizione ed elaborazione del sapere scientifico nell'alveo del processo «rendono chiaro che esso è uno strumento al servizio dell'accertamento del fatto e, in una peculiare guisa, parte dell'indagine che conduce all'enunciato fattuale». Conseguente da ciò – sottolinea ancora la pronuncia – che «la Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata»: tale valutazione «attiene al fatto, e al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere al mondo della scienza», mentre «il controllo che la Corte Suprema è chiamato a esercitare attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime»<sup>24</sup>. Non si tratta, dun-

21 Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., *loc. cit.*

22 Così ancora Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., *loc. cit.*

23 Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., *loc. cit.*

24 Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., *loc. cit.*

que – conclude sul punto la pronuncia in esame – di «indicare un metodo del corretto esercizio della conoscenza», insomma «una sorta di formula magica», ma al contrario di «attenersi a un criterio più debole e pragmatico», e dunque «di individuare una base sicura, un punto fermo che indirizzi il lavoro del giudice di merito»: tale «nucleo essenziale e veramente fermo e' la ragione, l'agire ideativo in modo oggettivo e logicamente ineccepibile, cioè basato sulla serrata ricerca e analisi dei fatti concreti, mosso dalla disinteressata ricerca del traguardo invisibile costituito dalla certezza»; un «agire razionale», dunque, «obiettivato in un atto, la motivazione, che della razionalità strenuamente applicata ai fatti e' la condensazione ostensibile e criticabile»<sup>25</sup>.

Su questa piattaforma, ulteriormente scandagliata dalla giurisprudenza successiva<sup>26</sup>, è possibile ricostruire, sul terreno della prova scientifica, le carte di identità tendenziali dell'esperto e del giudice, disegnando la trama dei rispettivi compiti ma avendo cura, nel contempo, di rifuggire da pretese di chiusure metafisico-definitorie. Il perito – si è robustamente posto in luce – «non è più», e anzi «non avrebbe mai dovuto esser[e]», «l'arbitro che decide il processo», ma «l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico» idoneo ad affrontare correttamente la *quaestio facti*, «spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia»<sup>27</sup>; è, dunque, portatore di una competenza specialistica che, attraverso questi, viene traghettata nel processo penale e vi fa ingresso, ma nel quadro di una dialettica probatoria che valorizza tanto la diversità di punti di osservazione quanto il metodo *adversary* attraverso il quale il dibattito delle opinioni viene condotto, all'insegna di regole (anzitutto processuali) del gioco di cui il giudice si fa garante. L'esperto fa approdare, nel processo, le proprie competenze attraverso l'esame incrociato: è, dunque, in senso pregnante, un *expert witness*, che non fornisce un'unicità artificiale della «voce della scienza» ma immette nel metabolismo probatorio il portato del dibattito scientifico; prendendovi posizione, se del caso, ma dando

25 In questi termini ancora Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e a., cit., *loc. cit.*

26 La stratificazione giurisprudenziale in tema è davvero particolarmente cospicua: *ex multis* meritano un richiamo, soprattutto, Cass., sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, Cirocco e a., in *C.E.D. Cass.*, n. 273094; Cass., sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 1886, p.m. in c. Cappel, *ivi*, n. 271943; Cass., sez. IV, 13 luglio 2017, n. 54795, Grossi, *ivi*, n. 271668; Cass., sez. IV, 27 febbraio 2014, n. 18933, p.m. in c. Negroni e a., n. 262139; Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, *ivi*, n. 255105; le rispettive motivazioni sono consultabili in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

27 Così Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit., in motivaz., § 7; in termini non dissimili Cass., sez. IV, 13 luglio 2017, n. 54795, Grossi, cit., in motivaz., § 2.

conto della dialettica interna del dibattito nella scienza, anche su sollecitazione delle parti e dei loro consulenti tecnici.

Il giudice è «portatore di una “legittima ignoranza” a riguardo delle conoscenze scientifiche», ed è perciò che, «nei giudizi debitori del sapere esperto», gli è «precluso di farsi creatore della legge scientifica necessaria all'accertamento»: nomina, dunque, l'esperto, dal quale «riceve quella che risulta essere accolta dalla comunità scientifica come la legge esplicativa», della quale è in qualche modo “consumatore”, e «non ha autorità per dare patenti di fondatezza a questa piuttosto che a quella teoria»; ma «l'acquisizione della legge che funge da criterio inferenziale non è (...) acritica», giacché «anzi è in questo segmento dell'attività giudiziale che si condensa l'essenza di questa»<sup>28</sup>. È in ciò che riemerge, profondamente trasformato rispetto a logiche trascorse e «nobilmente enfatizzato», il ruolo di *peritus peritorum* che tradizionalmente appartiene al giudice: «nessuna rivendicazione di potere e di supremazia», piuttosto «l'indicazione di un metodo», atteso che il giudice, «con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo a una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione e umanamente plausibile»; il che – si è concluso – costituisce «il più alto e impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio»<sup>29</sup>. Spetta al giudice, dunque, «esaminare le basi fattuali sulle quali le argomentazioni del perito sono state condotte», nonché «l'ampiezza, la rigorosità e l'oggettività della ricerca», e ancora «l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica» e «il grado di consenso che le tesi sostenute dall'esperto raccolgono nell'ambito della comunità scientifica»; di tale indagine il giudice è tenuto a dar conto nella motivazione, «esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e utilizzate e fornendo una razionale giustificazione, in modo completo e, il più possibile, comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto»<sup>30</sup>. Appar chiaro, dunque, che il giudice nomina l'esperto ma «si smarca»<sup>31</sup> dalla condizione di passività rispetto al sapere di questi, «nel senso che, sotto il profilo probatorio, i criteri di risoluzione della disputa scientifica non sono più appannaggio esclusivo e insindacabile degli

28 Le formule, assai efficaci, si devono a Cass., sez. IV, 14 novembre 2017, n. 16715, Cirocco e a., cit., in motivaz., § 3.1.

29 In questi termini Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, cit., in motivaz., loc. cit.

30 Così ancora Cass., sez. IV, 13 luglio 2017, n. 54795, Grossi, cit., in motivaz., loc. cit.

31 Così F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., 574.

scienziati»<sup>32</sup>; in tal modo «l'inferiorità cognitiva del giudice [può e deve] essere compensata attraverso l'assunzione, da parte sua, del ruolo di fruitore selettivo e critico del sapere scientifico»<sup>33</sup>.

È, d'altronde, palese che l'autorevolezza dell'esperto è «una fondamentale credenziale», che tuttavia «non legittima l'argomento dell'*ipse dixit*»<sup>34</sup>; occorre, peraltro, scongiurare che si enfatizzi in termini eccessivi la capacità del giudizio critico del giurista sulla scienza, che «porta il rischio di un'insostenibile assolutizzazione del ruolo del giudice, nel momento in cui è chiamato a passare dalla posizione di passività (...) a quella di arbitro della disputa scientifica»<sup>35</sup>.

Si tratta, come è agevole rinvenire, di temi nevralgici di portata generale, che d'altronde hanno assunto il loro più centrale e problematico ruolo proprio nell'ambito delle esperienze processuali di accertamento della responsabilità per colpa medica. È con questo *background* che può, dunque, adesso rivolgersi lo sguardo ai ridisegni compiuti dalla l. n. 24 del 2017 e ai loro cospicui impatti sulle dinamiche del processo.

**3. Le basi conoscitive preliminari su cui si innesta l'accertamento giudiziale di responsabilità per colpa medica.** Converrà, a tal punto, muovere da due osservazioni elementari di fondo.

La prima concerne la consapevolezza che il giudizio penale di responsabilità per colpa medica, pur avendo senza dubbio svolto un ruolo drenante negli itinerari di progettazione dell'impianto della l. n. 24 del 2017, occupa, nella topografia dei contenuti della novella, solo una porzione, non potendo dirsi assurgere a centro di gravità della riforma. Non si intende, con ciò, ingenuamente sottacere che il ridisegno delle tecniche dell'accertamento giudiziario penale alimentasse la preoccupazione forse primaria del legislatore del 2017, orientando, perciò, l'intero cantiere progettuale: ciò che importa, qui, d'altronde, è segnalare come, nell'articolata complessità del mosaico che della novella è l'*output*, il quadrante delle

32 F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., 575.

33 Così ancora F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., *loc. ult. cit.* In tema cfr., altresì, per perspicue notazioni, O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano 2008, spec. 983.

34 F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, *loc. ult. cit.*

35 In questi termini ancora F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 579.

metodiche di accertamento della responsabilità penale del sanitario segna solo uno dei diversi ambiti qualificanti della riforma.

La seconda osservazione, saldamente legata alla prima, concerne l'obbligo del giudice penale di ricostruire, ai fini dell'accertamento della responsabilità per colpa medica, l'orizzonte delle *leges artis* metodologicamente aggiornato, per dir così, alle profonde risagomature di contesto introdotte dalla stessa l. n. 24 del 2017. In sintesi: il tassello della responsabilità penale per colpa medica occupa una regione, qualificante ma delimitata, della manovra novellistica; tale regione costituisce, d'altronde, tutt'altro che una monade isolata, nutrendosi del rinnovato orizzonte generale frutto del ridisegno complessivo operato dalla novella medesima.

Secondo una sintesi efficace dei compiti del giudice penale a seguito della l. n. 24 del 2017, spetta all'organo della decisione «non solo una compiuta disamina della rilevanza penale della condotta colposa ascrivibile al sanitario», alla luce dei parametri valutativi costituiti dalle linee guida e dalle buone pratiche clinico-assistenziali, ma, «ancor prima, un'indagine che tenga conto dei medesimi parametri allorché si accerti quello che sarebbe stato il comportamento alternativo corretto che ci si doveva attendere dal professionista, in funzione dell'analisi controfattuale della riferibilità causale alla sua condotta dell'evento lesivo»<sup>36</sup>. Una simile metodica si riverbera nei protocolli motivativi: si è, in giurisprudenza, limpidamente rimarcato come «una motivazione che tralasci di indicare se il caso concreto sia regolato da linee guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, di valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato nei predetti parametri, o di specificare quale forma di colpa si tratti, se di colpa generica o specifica, eventualmente alla luce delle regole cautelari racchiuse in linee guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza, ma anche una motivazione in cui sia appurato se e in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme alla legge»<sup>37</sup>.

Emerge, d'altronde, dall'incrocio delle due osservazioni appena tracciate che, nell'ampio patrimonio di risorse informative, di guida, di inventario e di monitoraggio disegnato dalla novella del 2017<sup>38</sup>, si annoverano,

<sup>36</sup> Così, in termini nitidi, Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, De Renzo, in *C.E.D. Cass.*, nn. 273463-273464, il cui testo è leggibile in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), in motivaz., n. 1.1.

<sup>37</sup> Così ancora Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, De Renzo, cit., n. 1.2.

<sup>38</sup> È appena il caso di rimarcare come già la stessa intitolazione della novella del 2017 («Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli

da una parte, porzioni destinate a far ingresso nel *background* conoscitivo del giudice penale, rinvenendosi, dall'altra, quote che, invece, gli sono correttamente sottratte: è palese, così, che la ricostruzione dell'orizzonte delle linee guida pertinenti e delle buone pratiche clinico-assistenziali costituisce una premessa necessitata della diagnosi penale di responsabilità per colpa medica; non così può dirsi, invece, per i dati informativi monitorati dalle singole strutture sanitarie, nel quadro della funzione di *risk management*, concernenti i percorsi, le criticità frequenti e i quasi-errori, atteso che gli atti e i verbali interni contenenti tali dati sono inacquisibili e inutilizzabili nell'ambito di eventuali procedure giudiziarie, secondo quanto prevede l'art. 1, comma 539, lett. a, l. n. 208 del 2015 (c.d. legge di stabilità 2016), come modificato dall'art. 16, comma 1, l. n. 24 del 2017. Non si tratta, a ben vedere, di rilievo periferico: lo sbarramento all'accesso di tali materiali nel fascicolo giudiziario plasma una sorta di principio di confidenzialità delle attività di *risk management*, rese impermeabili rispetto – per ciò che qui più direttamente importa – ai giudizi di responsabilità per colpa medica, propiziando, perciò, la più ampia ed efficace estensione di tali monitoraggi, che così, neutralizzati i rischi di effetti *boomerang* su possibili ricadute processuali, avranno la possibilità di guardare anzitutto a un incremento delle soglie di tutela dei degenti, oltre che all'ottimizzazione degli *asset* organizzativi della struttura. Anche su ciò, naturalmente, sarà l'esperienza a chiarire se e in che misura la manovra si palesi in grado di adempiere agli scopi dichiarati: le premesse appaiono, tuttavia, *prima facie* certo meritevoli di rilievo.

Ciò posto, è palese come il giudice penale non possa non collocare il ritaglio di cui al “nuovo” art. 590 *sexies* c.p., interpolato dall'art. 6 l. n. 24 del 2017, nel più ampio raggio tracciato dall'art. 5, comma 1, della novella: è ormai questa la piattaforma che orienta le scelte tecniche dell'esercente le professioni sanitarie, modulandole alla luce delle pertinenti linee guida o, in mancanza, alla stregua delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Non è questa la sede per scandagliare la portata davvero cospicua di tale impalcatura: basterà, qui, qualche rilievo sintetico, strumentale allo studio dei compiti spettanti al giudice in sede di accertamento penale e, in quest'alveo, alla messa a fuoco delle ridisegnate funzioni devolute al collegio degli esperti.

---

esercenti le professioni sanitarie ») restituisca l'immagine di un mosaico assai ampio, nel cui contesto l'area delle metodiche dell'accertamento penale della responsabilità per colpa medica occupa uno spazio certo di rilievo ma non esautorante.

Circa il valore prescrittivo delle linee guida basterà, così, qui richiamare quanto ribadito dalla nota recente decisione delle Sezioni Unite<sup>39</sup>, secondo cui le linee guida, definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 l. n. 24 del 2017 alla stregua di «un sistema con connotati pubblicitici», costituiscono «un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputati tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi»: ma – rimarca il massimo collegio – «senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti»<sup>40</sup>. Invero – si è nettamente rimarcato – «non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto»<sup>41</sup>. Nessun automatismo, dunque, può notoriamente ricondursi all'apparato delle raccomandazioni emananti dalle linee guida: non si tratta – ha ancora chiarito la Corte – di «uno “scudo” contro ogni ipotesi di responsabilità», essendo l'efficacia e la «forza precettiva» delle linee guida «comunque dipendenti dalla dimostrata “adeguatezza” alle specificità del caso concreto»; tale apprezzamento di adeguatezza – hanno proseguito le Sezioni Unite – «resta, per il sanitario, il mezzo attraverso il quale recuperare l'autonomia nell'espletare il proprio talento professionale e, per la collettività, quello di vedere dissolto il rischio di appiattimenti burocratici», evenienza nella quale «riemergerebbero il pericolo per la sicurezza delle cure e il rischio della “medicina difensiva”, in un vortice negativo destinato ad autoalimentarsi»; le linee guida, dunque, assumono la veste di «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene»<sup>42</sup>.

Converrà, d'altronde, prima di lasciare il tema, segnalare come il valore prescrittivo delle raccomandazioni contenute nelle linee guida – con il temperamento doveroso del giudizio di adeguatezza appena rammentato – si dispieghi, a norma dell'art. 5 l. n. 24 del 2017, «nell'esecuzione

39 Ci si riferisce, naturalmente, a Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti e a., in *C.E.D. Cass.*, nn. 272174-272176, la cui parte motiva è consultabile, *inter alia*, in *Giur. it.*, 2018, 944 ss., con nota di L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia “lieve” del medico (ivi, 948 ss.)*.

40 Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti e a., cit., in motivaz., n. 3.

41 Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti e a., cit., in motivaz., *loc. cit.*

42 Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti e a., cit., in motivaz., *loc. cit.*

delle prestazioni sanitarie». È da ritenere che il lemma non meriti di essere sopravvalutato, atteso che l'«esecuzione» della prestazione sanitaria non può dirsi attenere soltanto al versante meccanico del «gesto tecnico»<sup>43</sup> ma coinvolge l'intero atto medico, a partire dalla formulazione della diagnosi iniziale attraverso i vari strumenti a disposizione del sanitario (esame obiettivo, anamnesi, risorse offerte dalla semiotica medica, accertamenti clinici).

La clausola di salvezza in ordine alle «specificità del caso concreto» è, d'altronde, nel tessuto dell'art. 5 l. n. 24 del 2017, formalmente posta con esclusivo riguardo alle linee guida. Anche questo dato merita, tuttavia, di non essere sopravvalutato: è da ritenere che l'asimmetria attenga alla diversa – per dir così – consistenza molecolare delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali. Invero, la clausola, iscritta nella struttura tessutale delle linee guida, scongiura che la portata prescrittiva delle stesse sia letta in chiave di normativa secondaria a contenuto precauzionale in senso stretto: elasticizza la portata prescrittiva delle linee guida, conferendo alle stesse respiro, tant'è che è chiesto al sanitario di formulare il prescritto giudizio di adeguatezza alle specificità del caso concreto, secondo quanto prevede l'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p., introdotto dall'art. 6 l. n. 24 del 2017. Deve, invece, ritenersi *in re ipsa* che le buone pratiche clinico-assistenziali non possano non essere modulate sulle specificità del caso concreto: la diversa consistenza tessutale delle *good practices*, nella loro veste di fonti modellistiche, rispetto alle linee guida rende consustanziale alla loro stessa essenza che esse si adeguino alle peculiarità del singolo caso clinico. In altri termini: mentre potrebbe, in astratto, immaginarsi il rischio di un'applicazione pedissequa delle linee guida, irrigidite in un innaturale modello prescrittivo inflessibile (ed è per questo che la legge si preoccupa di prevedere che ad esse il sanitario debba adeguarsi «salve le specificità del caso concreto»), un analogo rischio non può darsi con riguardo alle buone pratiche clinico-assistenziali, che si limitano a osservare ciò che si effettua – *recte*: ciò che si è effettuato solitamente, in termini virtuosi – a fronte di taluni presupposti, affidando al sanitario il compito di farne, per il caso di specie, l'uso più appropriato. In chiave conclusiva: le buone pratiche clinico-assistenziali dispiegano la loro efficacia di virtuosi modelli comportamentali di riferimento avuto per necessità riguardo alle caratteristiche del caso concreto, non potendo concepirsi, neppure in astratto, una loro patologica cogenza irrigidita che possa prescindere dai

<sup>43</sup> Per questa formula cfr. Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, De Renzo, cit., n. 8.4.

caratteri specifici e irripetibili del caso clinico in cui il sanitario si trovi a intervenire.

A questa profonda diversità tessutale delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali si è fatto corrispondere un apparato radicalmente diverso per la produzione, l'accreditamento e l'aggiornamento delle une e per il censimento e l'inventario delle altre: come è noto, infatti, con d.m. 29 settembre 2017 si è istituito, presso l'Agenzia nazionale per i servizi regionali, l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità; il ben più complesso Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) è stato, invece, istituito, presso l'Istituto superiore di sanità, con d.m. 27 febbraio 2018. Le articolate, sofisticate e delicatissime funzioni di produzione, validazione, accreditamento e aggiornamento delle linee guida sono poste sotto la responsabilità di un Comitato strategico, il cui ambizioso ventaglio di funzioni è tracciato dall'art. 3 del medesimo decreto ministeriale istitutivo del Sistema; il ruolo di coordinamento e di impulso svolto dal Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure (CNEC) dell'Istituto superiore di sanità costituisce uno dei valori aggiunti di tale complesso *hardware* organizzativo, ponendo, tuttavia, nel contempo, non secondari problemi di fluidità nella gestione complessiva del *network*<sup>44</sup>.

**4. Dinamiche del contributo dell'esperto e metodologie per la diagnosi giudiziale di responsabilità per colpa medica.** È opportuno, a questo punto, operare un riepilogo intermedio. Il convergere dei dati normativi previsti dal codice penale, dal codice di rito, dalla legislazione speciale e dal sistema complesso delle fonti subprimarie consente di tracciare, in ordine alle metodiche dell'accertamento giudiziario della responsabilità penale per colpa medica, un percorso scandito da tre oggetti cardine: il dato fattuale, il dato scientifico, la ricostruzione del mosaico complessivo. Mentre il dato fattuale – *id est* la ricostruzione probatoria del quadro dei fatti storici per cui è processo – è

<sup>44</sup> Merita un rilievo l'editoriale di presentazione del nuovo Sistema nazionale delle linee guida, a firma del Direttore del Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure (P. IANNONE, *Presentazione del nuovo SNLG*, in *www.iss.it*, 17 aprile 2018), che ha con chiarezza tracciato le linee di priorità scaturenti dalla « re-ingegnerizzazione » del Sistema operata dalla l. n. 24 del 2017, non sottacendo i rischi connessi alla spiccata complessità della macchina. Va, d'altronde, segnalato che l'Istituto superiore di sanità, su impulso del medesimo Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure, ha pubblicato un articolato *Manuale operativo* recante le *Procedure per la proposta di inserimento di linee guida nel Sistema nazionale linee guida* (versione 2.0 del 20 aprile 2018, in *www.isn.it*).

elaborato attraverso una rappresentazione probatoria di tipo classico, il dato scientifico, che fonda il giudizio controfattuale, va ricostruito valorizzando i parametri di condotta individuati in base alle raccomandazioni tracciate dalle linee-guida e, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, tenuto conto delle specificità del caso concreto; la ricostruzione del mosaico complessivo, che chiude il percorso metodologico dell'accertamento della responsabilità penale per colpa medica, valorizza il giudizio fattuale e quello controfattuale ed è compito precipuo del *trier of fact*, ma sconta lo scarto ontico tra saperi del giudice e saperi specialistici ad alto contenuto scientifico, estranei alla sua *scientia* istituzionale. La ricostruzione del mosaico complessivo converge, invero, sulla diagnosi (giuridica) del grado della colpa addebitabile al sanitario, posto che il grado della colpa sostanzia e focalizza il discrimine tra condotta penalmente rilevante e irrilevante, già espressamente previsto dall'art. 3, comma 1, l. n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi) e ribadito, «per via interpretativa», dall'art. 6 l. n. 24 del 2017<sup>45</sup>: è, per questo, doveroso che il giudice del merito svolga «un'analisi critica circa la corrispondenza della condotta concretamente individuata come rimproverabile [dato fattuale] alla colpa grave, (...), previa verifica dell'effettiva pertinenza al caso concreto delle linee guida indicate dai periti [dato scientifico, frutto di un'analisi del grado di pertinenza-congruenza delle linee guida ufficiali e, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali alla *species facti*] e, in ogni caso, dello scostamento della condotta del sanitario dalle predette linee guida o dalle buone prassi nelle date condizioni fattuali in cui [il sanitario] si è trovato a operare»<sup>46</sup>. L'intero *kyklos* si impernia, dunque, in ulteriore sintesi, nella ricostruzione probatoria, con forza di resistenza BARD (*id est* al di là di ogni ragionevole dubbio), della condotta del professionista, nel raffronto della condotta concreta con quella che si sarebbe dovuta adottare alla stregua delle conclusioni tratte dal dato scientifico di tipo controfattuale, e nell'iscrizione di tale duplice lettura entro la cornice della tipicità tracciata dalla norma incriminatrice oggetto di addebito.

Nell'attendere a tali complessi compiti, il giudice non può non muovere da un sapere extragiuridico iniziale – le linee guida, le buone prassi clinico-assistenziali – che preesiste al processo giudiziario ed è, perciò, da esso indipendente: un orizzonte oggettivo, a suo modo “precostituito”,

<sup>45</sup> Così Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, De Renzo, cit., n. 9.2, sulle orme di Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.

<sup>46</sup> Così ancora Cass., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, De Renzo, cit., *loc. ult. cit.*

statico (pur in senso postmoderno), che esiste già e di cui il giudice è chiamato ad avvalersi. Certo, occorre spingere la verifica verso lidi più sofisticati perché individualizzanti: poiché il terapeuta applica le linee guida e, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali al caso di specie valorizzando le sue peculiarità irripetibili, occorre che il giudice sia in grado di ripercorrere un tale itinerario, verificando che l'adeguamento, in *download*, di quelle fonti al caso di specie sia stato, in concreto, correttamente effettuato, in conformità all'intero variegato orizzonte delle *leges artis*.

Per compiere queste operazioni, il giudice si avvarrà – obbligatoriamente, secondo quanto prevede l'art. 15 l. n. 24 del 2017 – di un collegio peritale, nominandolo nell'ambito di un analitico catalogo compilato alla stregua di un *network* normativo stratificato, laborioso e dettagliato.

Circa l'individuazione degli esperti da nominare e dei loro settori di pertinenza, e dunque circa l'individuazione dei saperi specialistici da porre a base della verifica giudiziale, si sono, così, attraverso un restringimento delle maglie della rete, sottratti spazi a una discrezionalità giudiziale un tempo così dilatata da confinare talora con l'arbitrio<sup>47</sup>. Ma tali spazi non sono certo stati espropriati, così da ridurre le manovre di individuazione degli esperti a un'applicazione pedissequa di meri preconfezionati algoritmi: gli spazi di discrezionalità in sede di nomina del collegio peritale sono, in effetti, rimasti ampi, e può dirsi virtuoso sia così, perché in caso contrario si innescherebbero premesse idonee a irradiare, a valle, logiche in tutto sovrapponibili ai vecchi paradigmi della prova legale. E, tuttavia, il collegio peritale può dirsi, più ancora che in epoca precedente alla legge "Gelli-Bianco", un supporto "del giudice", pur certo in senso radicalmente diverso da quanto fosse sostenibile in epoca di dogmatismo scienziata di stampo ottocentesco: l'intera filiera – dai paradigmi di sviluppo delle linee guida alle procedure di accreditamento pubblico e di revisione delle stesse, fino all'obbligo giuridico di nominare un collegio peritale con caratteristiche precostituite di composizione interna – imprime al sistema una tensione verso una modellistica di *expertise "of" the judge and "to" the judge* e, perciò, "*for" the judge* in senso forte.

Dunque, riepilogando ancora circa i paradigmi di immissione del sapere scientifico nel metabolismo giudiziario al fine della risoluzione della *quaestio facti*: investendo fattispecie – potrebbe dirsi – a perizia obbligatoria, nei giudizi in tema di responsabilità per colpa medica il giudice ha

<sup>47</sup> Meritano, in tal senso, una sottolineatura i rilievi empirici di D. ASCHERO, *La perizia nei giudizi di colpa medica* (2017), in [www.corteappello.genova.it](http://www.corteappello.genova.it), spec. 2.

l'obbligo di nominare un collegio peritale; ai fini dell'individuazione dei periti da nominare, il giudice innesta i suoi poteri, pur discrezionali, in una sequenza procedimentale iniziata a monte, che fissa criteri precisi di formazione e manutenzione dell'albo dei periti tra i quali effettuare la scelta; i periti, nello svolgimento del loro ufficio, muoveranno dalle linee guida, a loro volta soggette a una sofisticata proceduralizzazione ai fini dell'accreditamento, e dalle buone pratiche clinico-assistenziali; le linee guida e, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali segnano, d'altronde, il *know-how* di avvio per l'esercizio corretto delle scelte medico-terapeutiche da parte del sanitario. È palese come, in tal modo, si sia posta in opera una complessa manovra – che coinvolge la base scientifica su cui si articolano le scelte singole da compiere da parte del sanitario, la nomina del collegio peritale e i relativi compiti – volta a contrastare eccessive liquidità e, perciò, ad ancorare le discrezionalità valutative (del sanitario, a monte, e del verificatore giudiziale, a valle) a parametri riconoscibili, operando allo scopo di scongiurare *a priori* e, comunque, di contenere ogni rischio di arbitrio.

Peraltro, la capillarità delle linee guida disponibili (e, guardando al singolo caso di specie, la concreta disponibilità di linee guida accreditate e di *good practices* censibili) da una parte rende più solidamente affidabile il quadro, dall'altra semplifica il compito dei contributi tecnici dei periti e dei consulenti, in quanto si tratta, a quel punto, di innestare le linee guida nelle peculiarità del caso concreto così da adattarle alle morfologie della *species facti*: più le linee guida sono adattabili al caso di specie, modellandovisi, più si ridurrà l'area "creativa" della discrezionalità guidata, più si incrementeranno gli indici di affidabilità del giudizio tecnico e del giudizio giuridico pronunciato dal giudice sulla scorta – *recte*: valorizzando, tesaurizzando, pur certo senza meccanicismi o automatismi – del contributo tecnico degli esperti.

La tenuta del sistema della verifica della responsabilità penale per colpa medica, e la sua stessa credibilità, focalizza, dunque, uno dei suoi baricentri sull'affidabilità delle linee guida. Si tratta di un baricentro che il sistema giudiziario "importa" dalla pratica medica: si tratta, insomma, di un baricentro che non è servente rispetto al processo ma che il processo adopera, piuttosto, tesaurizzandolo. Ma il processo giudiziario è solo un satellite esterno dell'intelaiatura complessiva del sistema: il centro motore, il nucleo gravitazionale dell'impianto, rimane la tutela della salute e, in ultima istanza, l'individuo e il valore del suo benessere. Così, da questo baricentro si dipartono tutte le isobare, e a questo baricentro guardano tutte

le linee di convergenza del *network*. Una conclusione che vuol descrivere un *essere* e, insieme, un *dover essere*: *Sein* e *Sollen*, insieme, alleati per garantire le soglie più alte della tutela della persona, la linea della più alta tutela del valore supercostituzionale della dignità dell'individuo in campo medico. Averne piena consapevolezza illumina il sistema e, insieme, consente di percepirne la fonte di luce che emana dal suo nucleo vitale.

**5. La riplasmata centralità del collegio peritale e le opzioni di sistema.** Lo si è, dunque, chiarito: pur se è ormai definitivamente trascorso il tempo della scientizzazione del processo penale e, perciò, del dominio della scienza sul processo<sup>48</sup>; pur se appartiene al passato l'epoca dell'*ipse dixit* con riguardo al sapere "misterioso" del perito<sup>49</sup>, vissuto come virtualmente incontrollabile da parte del giudice, pur se contraddittoriamente controbilanciato dalla retorica *old style* del *peritus peritorum*; rimane, ciò nonostante, incontestabile – e, anzi, per più aspetti guadagna ulteriore quota – l'assoluta centralità del ruolo dell'esperto negli accertamenti processuali della responsabilità per colpa medica. In quest'ambito, è agevole percepire come il contributo dell'esperto assuma un peso specifico, una capacità proiettiva e di *imprinting*, incomparabile rispetto a qualsiasi altro contributo tecnico offerto, al processo giudiziario, in campo ingegneristico, contabile, nummario, e via seguitando. Le ragioni appaiono intuitive: al rango apicale dei beni coinvolti (la vita e l'integrità fisica e psico-fisica con riguardo alla salute del paziente) si affiancano i coefficienti amplissimi di valutatività nelle scelte terapeutiche da compiere, che vanno ben oltre – e si intuisce come non si tratti di comparazioni quantitative ma di intrinsecità tessutale del giudizio richiesto – qualsiasi altro ambito del sapere umano, proprio per gli incroci, le convergenze e le contaminazioni reciproche con la complessità intrinseca del bene salute a fronte del ventaglio virtualmente infinito di fatti perturbativi e dell'esigenza di intervenire con diagnosi, prognosi, terapie.

Proprio nella consapevolezza di ciò, viepiù acuita dalla peculiare configurazione della fattispecie incriminatrice di cui al "nuovo" art. 590 *sexies* c.p. e dallo spessore cospicuo del suo *background* tecnico-scientifico, un trapezio di primo piano della l. n. 24 del 2017 è stato fatto convergere sui

<sup>48</sup> Cfr., per queste formule, C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., 31.

<sup>49</sup> Secondo la già rammentata suggestione evocata da M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., loc. cit.

profili – per dir così – ordinamentali concernenti l'esperto, dedicando un'inedita particolare attenzione alle meccaniche della tenuta degli albi giudiziari.

Va rimarcato come, sul punto, si sia registrata una sensibilità davvero di alto profilo da parte degli attori istituzionali: si è, infatti, promosso un itinerario virtuoso, che, avviato all'indomani del varo della l. n. 24 del 2017, ha condotto dapprima all'approvazione di una risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura avente a oggetto i criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti giudiziari concernenti la responsabilità sanitarie<sup>50</sup>; sulle orme di quella delibera ha, poi, preso l'avvio un ulteriore cospicuo percorso, approdato alla firma di un protocollo d'intesa tra lo stesso organo di autogoverno della magistratura ordinaria, il Consiglio nazionale forense e la Federazione nazionale dei medici chirurghi e degli odontoiatri, finalizzato all'armonizzazione dei criteri e delle procedure di formazione degli albi dei periti e dei consulenti tecnici previsti dall'art. 15 l. n. 24 del 2017 e, peraltro, aperto a ulteriori successive adesioni<sup>51</sup>.

Pur non essendo questa la sede per svolgere un'analisi sistematica circa i dettagli del nuovo regime di tenuta degli albi giudiziari dei periti e dei consulenti tecnici, alcuni profili meritano di essere segnalati. La manovra, invero, è stata anzitutto caratterizzata dall'ampiezza e dalla solidità dei rilievi che ne sorreggono l'architettura di fondo e che interagiscono con le premesse ispiratrici della novella del 2017 e, in questo quadro, con la rinnovata filosofia dell'accertamento penale della responsabilità per colpa medica.

La risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura, che ha costituito la base ispiratrice sulla cui lunghezza d'onda è stata condotta la negoziazione con gli ulteriori *partners* istituzionali poi approdata al varo del protocollo d'intesa, ha, anzitutto, ancora rimarcato il «ruolo centrale assunto nel giudizio di responsabilità sanitaria dall'accertamento affidato agli esperti», e ha segnalato la necessità di un intervento concernente i profili organizzativi che riguardano la formazione, la tenuta e la revisione degli albi degli esperti istituiti presso i tribunali, nella duplice prospettiva di «garantire all'Autorità giudiziaria la disponibilità e quindi l'uso di conoscenze tecnico-scientifiche corrette e affidabili» e di «perseguire la massima traspa-

---

50 Si tratta della *Risoluzione in ordine ai criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti concernenti la responsabilità sanitaria*, adottata dal *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura nella seduta del 25 ottobre 2017 (il testo è consultabile in [www.csm.it](http://www.csm.it)).

51 Il testo del protocollo, sottoscritto il 24 maggio 2018, è consultabile, tra le altre sedi, sui siti web dei *partners* istituzionali ([www.csm.it](http://www.csm.it), [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it), <https://fnomceo.it>).

renza nella scelta degli ausiliari»; ha avvertito, in tale ottica, «l'esigenza di presidiare e garantire l'uniformità delle condotte di revisione degli albi esistenti nonché di iscrizione agli albi», dando priorità alla «definizione del profilo professionale degli ausiliari» su cui, in chiave di regola, si orienterà la scelta del magistrato; ha segnalato, sotto il profilo del metodo operativo, la «necessità di coinvolgere i soggetti interessati, nei diversi ruoli, nella materia della c.d. *malpractice*, elaborando percorsi di condivisione tra magistratura, avvocatura e Ordini professionali dei medici», e ciò nel segno della «valorizzazione di percorsi virtuosi che coinvolgono i diversi attori del sistema giustizia», coltivando la convinzione che «l'efficienza e anche la qualità del sistema dipende dalla sinergia dei vari soggetti in qualche misura coinvolti»<sup>52</sup>.

Nella tracciatura delle linee di intervento, nella sede preparatoria della negoziazione con gli altri *partners* istituzionali, il Consiglio Superiore della Magistratura ha posto in luce, tra gli altri, tre assi meritevoli di coagulo in una disciplina specifica: catalogare una rete di indicatori del profilo professionale dell'esperto in relazione alle diverse specializzazioni, scolpendo tali indicatori in modo da renderli atti, attraverso operazioni di sussunzione, a fungere da descrittori dell'esperienza maturata dal professionista, suscettibili di parametrare, secondo modalità dettagliate, tanto l'iscrizione all'albo che le manovre di revisione periodica; costituire, anche grazie agli indicatori, un fascicolo personale del perito e del consulente, accessibile da parte dell'autorità giudiziaria, che fornisca al magistrato basi conoscitive nitide idonee a orientare le sue scelte, all'interno del ventaglio dei professionisti iscritti, ai fini della nomina; porre le premesse per ottenere che alla nomina di professionisti che garantiscano un adeguato livello qualitativo dell'accertamento corrispondano, sul piano economico, liquidazioni di entità adeguata, che alimentino il prestigio dell'ufficio ricoperto e inneschino un volano virtuoso di crescita a spirale della qualità dell'operato degli esperti.

Si tratta di aspetti che hanno trovato un congruo sviluppo nella successiva fase negoziale, sfociata nell'articolato impianto del protocollo d'intesa del 2018. A testo ormai definito, alla vigilia della sottoscrizione congiunta da parte dei tre *partners* istituzionali, il Consiglio Superiore della Magistratura ha approvato una breve ma intensa relazione illustrativa, nella quale è stata ancora richiamata l'esigenza di adottare «parametri qualitativamente elevati per la revisione e la tenuta degli albi» affinché, «nei procedimenti

---

<sup>52</sup> Così la *Risoluzione in ordine ai criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti concernenti la responsabilità sanitaria*, cit., n. 3.

civili e penali che richiedono il supporto conoscitivo delle discipline mediche e sanitarie, le figure del perito e del consulente tecnico siano in grado di garantire all'Autorità giudiziaria un contributo professionalmente qualificato e adeguato alla complessità che connota con sempre maggiore frequenza la materia»<sup>53</sup>.

Il protocollo, attraverso la messa a punto di soluzioni organizzative improntate a nitidezza ed efficienza, ha forgiato previsioni di dettaglio volte a realizzare una virtuosa ottimizzazione delle procedure di governo degli albi degli esperti nell'ambito delle professioni sanitarie, realizzando – grazie alle risorse strategiche offerte dall'adottato modello di normazione *bottom up* – un felice connubio tra regole rigide, richiami alle *best practices*, raccomandazioni condivise, individuazione “in chiaro” di teleologie idonee a orientare la prassi. Di particolare rilievo appaiono, in tal senso, le norme concernenti lo *screening* della «speciale competenza» dell'esperto (art. 6 protocollo d'intesa) attraverso un'articolata ma non rigida parametrizzazione di dettaglio, idonea a filtrare e censire le esperienze formative, professionali e istituzionali individuali al fine della tracciatura di un profilo completo del professionista, agevolmente navigabile da parte tanto del magistrato che debba procedere alla nomina quanto del Comitato per la tenuta degli albi giudiziari nell'esercizio dei suoi compiti di vigilanza e di revisione. Al fascicolo personale dell'esperto sono dedicate previsioni di grande rilievo, concernenti tanto il contenuto (art. 7 protocollo d'intesa) quanto le modalità di accesso (art. 11 protocollo d'intesa, oggetto, peraltro, di una coeva dichiarazione congiunta dei tre *partners* istituzionali) attraverso adeguati *software* gestionali idonei a coniugare flessibilità e sicurezza. Merita, infine, una sottolineatura la direttiva di fondo – dettata in ordine all'iscrizione ma estesa anche agli aggiornamenti progressivi e periodici – volta a semplificare quanto più possibile le procedure e i relativi *format* (art. 8 protocollo d'intesa), anche attraverso un'adeguata informatizzazione dei supporti, e ciò «al fine di evitare il rischio di “fuga dagli albi” che potrebbe derivare da eccessivi oneri informativi in capo ai singoli esperti» (art. 8, comma 1, lett. *b*, protocollo d'intesa).

Sembra superfluo rammentare come sarà il banco di prova dell'esperienza a stabilire se e in che misura la manovra ordinamentale posta in

53 *Relazione illustrativa al Protocollo d'intesa tra Consiglio superiore della magistratura, Consiglio nazionale forense, Federazione nazionale dei medici chirurghi e degli odontoiatri per l'armonizzazione dei criteri e delle procedure di formazione degli albi dei periti e dei consulenti tecnici ex art. 15 l. 8 marzo 2017, n. 24, deliberata dal Plenum del Consiglio superiore della magistratura nella seduta dell'11 aprile 2018, il cui testo è consultabile in [www.csm.it](http://www.csm.it).*

opera con il protocollo del 2018 sia suscettibile di produrre i frutti auspicati: può, tuttavia, sin d'ora affermarsi che gli strumenti attivati, sul piano tanto del metodo che dei contenuti, sembrano propiziare orizzonti significativi, e come i primi dati che affluiscono dalle Sedi giudiziarie segnalino cospicui cambi di passo nella gestione degli albi degli esperti, innescando da subito non trascurabili effetti volano sull'incremento della qualità dei compiti svolti dai collegi peritali nei giudizi di responsabilità per colpa medica.

**6. Una *koinè* culturale condivisa tra medici e giuristi: cenni conclusivi.** È tempo, ormai, di tracciare qualche rapido rilievo di sintesi sulla retrospettiva che, nelle pagine che precedono, ci si è provati a percorrere: senza alcuna pretesa di completezza, ma, al contrario, con la convinzione che i cerchi qui riguardati non si chiudono, convergendo essi nell'unicità indomabile di ogni caso di specie. Pur se ciò appare, in sé, consapevolezza comune a ogni area dello scibile giuridico, lo è in termini esponenziali negli ambiti di cui queste pagine si sono occupate, atteso che – come in tante occasioni è stato ricordato – in medicina non esistono malattie ma malati<sup>54</sup> e che l'essere umano non è un'autostrada o un edificio da ristrutturare<sup>55</sup>: da queste consapevolezze, peraltro di evidenza intuitiva, discende l'irriducibilità della materia della responsabilità medica per colpa a qualsiasi altra metodica ricostruttiva attraverso saperi scientifici che impongono, per una loro metabolizzazione giudiziaria, il ricorso all'opera conoscitiva di esperti.

Ciò che si scorge, al termine di questo itinerario, è, allora, l'esigenza insurrogabile della messa a fuoco di una comune cultura sulla colpa medica, in cui convergano gli sforzi, le generosità, l'impegno, le risorse della *sapientia* del ceto dei giuristi e della scienza e dell'esperienza medica: una non fluida alimentazione di questo dialogo provocherebbe fratture e sfuocature perniciose nelle premesse dei tessuti scientifico-probatori – concernenti il procedimento formativo e valutativo delle prove scientifiche – delle decisioni giudiziarie penali in tema di colpa medica.

<sup>54</sup> R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 5, p. 239.

<sup>55</sup> C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 650. Il tema, sulla cui centrale rilevanza nella pratica medica è superfluo soffermarsi, è stato esplorato da una letteratura vastissima: merita, da ultimo, un rinvio V. LINGIARDI, *Diagnosi e destino*, Einaudi, Torino, 2018.

Risulta, d'altronde, palese come questa alimentazione di *background* – che concerne non il metodo per giudicare il singolo caso giudiziario ma le sue premesse metodologiche di base, *id est* il generale dialogo tra le due grandi branche del sapere specialistico su cui, poi, il singolo caso si iscrive – ha proprio nella perizia e nella consulenza tecnica la sua cerniera e, anzi, potrebbe dirsi, il suo baricentro. Un dialogo virtuoso tra scienza giuridica e scienza medica, che guardi alla pratica operativa ma si nutra nel contempo di consapevolezze scientifiche teoriche, propizia, dunque, la creazione di una cultura comune, consapevole della delicatezza chiaroscurale che comporta da una parte la pratica medica, dall'altra la risposta giudiziaria a ipotesi di colpa medica per imperizia “specifica” da erronea applicazione delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali. La creazione di quest'area comune di intersezione, che va dilatata quanto più possibile, non suppone certo un'impossibile sovrapposizione di competenze, trattandosi di aree specialistiche del sapere che non può pretendersi possano addizionarsi l'una all'altra, in capo ai medici (i cui ambiti specialistici sono, d'altronde, molteplici) e in capo ai giuristi; tuttavia, questa ricerca di una *koiné* ben più dilatata della sola linguistica, che si faccia capace di lambire i paradigmi di base delle contrapposte sintassi (il giurista dotato di consapevolezze precise quanto alle problematiche metodologiche implicate dall'esercizio della pratica medica; il medico che si doti di consapevolezze circa i problemi posti dal controllo giudiziario della correttezza nell'applicazione, da parte del sanitario, delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali), diventa preziosa, perché propizia la creazione di un ampio *humus* comune su cui possa costruirsi, a valle, un congruo controllo giudiziario penale, affrancato da soggettivismi impropri, in cui potrebbe incorrersi ove manchi, tra i due grandi ceti di specialisti, ogni consapevolezza delle problematiche che caratterizzano i compiti del proprio interlocutore.

E, tuttavia, le linee convergenti di questo dialogo sono, a ben vedere, asimmetriche: perché, anzitutto, il giurista penale appartiene a una classe ben più omogenea del medico, le cui diramazioni specialistico-professionali sono assai più articolate<sup>56</sup>; e, soprattutto, perché non può esservi sin-

<sup>56</sup> In tema, per significativi rilievi, cfr., tra gli altri, L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017, 6, nonché M. ARDIGÒ, *L'affidabilità delle decisioni giudiziarie nella prospettiva della legge n. 24 del 2017*, cit.

cronia tra la pratica medica e il controllo giudiziale sul corretto adempimento di quella pratica, posto che la prima precede sempre, per definizione, il secondo, e il secondo non può che essere solo eventuale; sicché dapprima, a monte, si dispiegherà la pratica medica, di seguito, a valle, e solo ove se ne paleseranno i presupposti, si collocherà il controllo giudiziale sul corretto svolgimento di questa pratica, nei casi in cui dovessero evidenziarsi dubbi circa la correttezza dello svolgimento della pratica clinica, suscettibili di coagulo in una *notitia criminis* implicante – *ex art. 112 Cost.* – l’avvio di un accertamento giudiziario penale.

Rimane, così, la consapevolezza che la novella del 2017 costituisca, in tal senso, nel *carnet* dei suoi aspetti chiaroscurali, un’occasione preziosa – e qui certamente “in chiaro” – per propiziare queste trasversalità dialogiche: di cui, in verità, medici e giuristi stanno già dando cospicua prova, in questo primo scorcio di vita della riforma.