

L'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITA' PENALE IN CAMPO MEDICO-CHIRURGICO: UN BREVE SGUARDO D'INSIEME

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO*

RESUMEN: Lo escrito reexamina, junto con la temática general del fundamento de la licitud de la actividad médico-quirúrgica (también en relación al requisito del consenso del destinatario de la cura), los problemas de la causalidad y de la culpa referentes a la operación de los responsables involucrados en el proceso terapéutico. En cuanto al reporte causal, después de haber subrayado la estrecha afinidad entre las acciones y las omisiones de la materia en cuestión, viene contestado, sea en la elección de hacer uso de leyes científicas 'universales', sea en aquella propensa a utilizar leyes de tipo 'probabilístico' caracterizadas por porcentajes particularmente elevados. Lo escrito propone por lo tanto una solución inspirada en la razonabilidad: en el sentido que, con tal de que se avale en adquisiciones científicas experimentales, el nexo causal con el evento concreto —o sea aquello definido por la coordinación temporal que lo ha caracterizado, o bien de la específica intensidad lesiva con la cual se ha presentado— deberá ser afirmado también en presencia de grados inferiores de probabilidad de que tal remedio sería idóneo para impedirlo. En tal prospectiva, un rol de relevancia deberá esperarse, por otra parte, también en la exclusión de posibles procesos causales 'alternativos' al origen del evento. Acerca de la cooperación de más sujetos en el tratamiento terapéutico, se propone valorar, al punto de un criterio de tipo causal, la relación

* Professore Ordinario di diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

funcional entre las conductas del operador singular, acentuando el espesor de la posición de garantía y de la cautela solicitada a la actividad médica, pero evitando, al mismo tiempo, gravar al profesional del cargo de interferir en el desenvolvimiento de los deberes de los colegas. Particular relevancia viene aquí atribuido al 'principio de custodia', muy frecuentemente dejado a la jurisprudencia. Por lo que se refiere, en particular, a la temática de la culpa médica, después de haber evidenciado la complejidad de la relativa valoración —ligada al hecho de que las correspondientes 'reglas cautelares' resulten frecuentemente abiertas a múltiples opciones y 'alternativas instrumentales'— lo escrito repercute en las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de la 'culpa grave', para poder concluir afirmando la necesidad de balancear el particular empeño exigido a la salubridad con el perfil 'personalístico' del reparto del cargo penal.

PALABRAS clave: Responsabilidad médica, causalidad y culpa penal.

ABSTRACT: Lo scritto riesamina, insieme alla tematica generale del fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica (anche in relazione al requisito del consenso del destinatario delle cure), i problemi della causalità e della colpa riguardo all'operato dei sanitari coinvolti nel processo terapeutico. Quanto al rapporto causale, dopo aver messo in risalto la stretta affinità tra azione ed omissione nella materia de qua, viene contestata, sia la scelta di fare ricorso a leggi scientifiche c.d. 'universali', sia quella propensa ad utilizzare leggi di tipo 'probabilistico' caratterizzate da percentuali particolarmente elevate. Lo scritto propone dunque una soluzione ispirata a ragionevolezza: nel senso che, purché ci si avvalga di acquisizioni scientifiche sperimentate, il nesso causale con l'evento in concreto —ossia quello definito dalle coordinate temporali che lo hanno caratterizzato, oppure dalla specifica intensità lesiva con cui si è presentato— dovrà essere affermato anche in presenza di gradi inferiori di probabilità che tali cure fossero idonee ad impedirlo. In tale prospettiva, un ruolo di rilievo dovrà spettare, peraltro, anche all'esclusione di possibili processi causali 'alternativi' all'origine dell'evento. Circa la cooperazione di più soggetti nel trattamento terapeutico, si propone di valorizzare, al posto di un criterio di tipo causale, le relazioni funzionali tra le condotte dei singoli operatori, accentuando lo spessore delle posizioni di garanzia e delle cautele richieste dall'attività medica, ma evitando, al contempo, di gravare

il professionista dell'onere di interferire nello svolgimento delle mansioni spettanti ai colleghi. Particolare rilievo viene quindi attribuito al 'principio di affidamento', troppo spesso trascurato in giurisprudenza. Per ciò che riguarda, in particolare, la tematica della colpa medica, dopo aver evidenziato la complessità delle relative valutazioni —legata al fatto che le corrispondenti 'regole cautelari' risultano sovente aperte a molteplici opzioni ed 'alternative strumentali'— lo scritto ripercorre le tendenze dottrinali e giurisprudenziali sulla c.d. 'colpa grave', per poi concludere affermando la necessità di bilanciare il particolare impegno richiesto al sanitario con il profilo 'personalistico' della ripartizione dell'addebito penale.

PAROLE CHIAVE: responsabilità medica – causalità e colpa penali.

SOMMARIO: 1. Il fondamento di liceità dell'attività medico-chirurgica. 2. La posizione di garanzia del medico quale luogo di "confluenza" di azioni ed omissioni. 3. Le problematiche causali. 4. Causalità della condotta e processi causali "alternativi". 5. Il termine di riferimento dei giudizi "probabilistici": l'evento "concreto" e la dubbia rilevanza del quomodo del suo verificarsi. 6. La crisi del paradigma causale di fronte alla "plurisoggettività" dello scenario terapeutico. 7. L'importanza del "principio di affidamento" e gli eccessi della giurisprudenza. 8. La colpa medica: le peculiarità delle regole cautelari e il problema della "personalizzazione" del giudizio. L'esperienza della "colpa grave". 9. Verso un coordinamento tra doveri di garanzia e precetti cautelari: la "specializzazione" dei saperi e dei ruoli dei partecipanti alla vicenda terapeutica.

1. IL FONDAMENTO DI LICEITÀ DELL'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

L'analisi dei problemi affrontati nel presente lavoro esige anzitutto un chiarimento circa le ragioni per le quali il regolare esercizio dell'attività terapeutica deve considerarsi esente da conseguenze penali a carico del professionista. Orbene, premesso che l'attività in questione deve ritenersi indubbiamente riconosciuta già sul piano dei principi costituzionali (tra i quali, soprattutto, quello riferito alla tutela della salute, ex art. 32 Cost.), ci si deve tuttavia do-

mandare se sia nel vero la tendenza prevalente a ricondurla alla logica propria di una “causa di giustificazione” inquadrabile nel paradigma di un’“autorizzazione” al suo svolgimento rilevante ex art. 51 c.p.¹ Per vero, la scriminante dell’“esercizio di un diritto” dovrebbe implicare logicamente che il medico realizzi pur sempre un’ “offesa” agli interessi del destinatario del trattamento: così, prendendo ad esempio un intervento chirurgico, l’ “incisione” praticata sul corpo del paziente, e più ancora un’ eventuale lesione —anche permanente (si pensi all’asportazione di un arto affetto da cancrena)— dell’integrità fisica del medesimo, dovrebbero considerarsi alla stregua di un fatto tipico ai sensi degli artt. 582 e 583 c.p., sia pur “giustificato” grazie alla predetta autorizzazione ad agire.

In realtà, una tesi del genere si pone in contraddizione con l’(altrettanto) diffuso riconoscimento di un “dovere di garanzia” come elemento qualificante la posizione di coloro che sono chiamati a provvedere alla tutela degli interessi del malato.² E’ infatti evidente come, una volta che l’attività in questione venga ricondotta al piano di un *dovere* di agire a tutela della salute, sarà ben difficile ammettere ch’essa possa venire considerata come produttrice di un’ “offesa”, per quanto suscettibile di apparire “giustificata”; in altri termini, se il medico è tenuto ad intervenire a tutela della salute altrui, non si comprende il perché la sua condotta dovrebbe considerarsi “offensiva” di quel medesimo interesse alla

¹ Cfr., autorevolmente, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale.*, 7 ed., Cedam, Padova, 2011, pp. 277 ss.

² V., per tutti, G. De Vero, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in G. De Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, vol. I del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo— C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 165 ss., con richiami alla letteratura in materia. Ulteriori riferimenti giurisprudenziali in F. Giunta — G. Lubinu — D. Micheletti — P. Piccialli — P. Piras — C. Sale (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, ESI, Napoli, 2011, pp. 30 ss.

cui reintegrazione e ristabilimento in capo al paziente è finalizzata la stessa imposizione dell’obbligo. D’altra parte, non sarebbe corretto affermare che un simile obbligo giuridico possa essere posto sullo stesso piano del “dovere” il cui adempimento integra l’omonima “scriminante” che il predetto art. 51 c.p. affianca all’esercizio di un diritto.³ In realtà, anche tale causa di giustificazione viene necessariamente ad inquadrarsi nella logica di un bilanciamento di interessi, il quale presuppone, come in ogni altra ipotesi scriminante, l’esistenza di un’ “offesa” resa lecita dal predetto dovere (si pensi alla privazione della libertà personale da parte di chi esegua un arresto in flagranza di reato); ma non è questo il caso, per l’appunto, dell’attività medico-chirurgica, posto che in essa il bene che s’intende tutelare è precisamente il *solo ed unico interesse* della salute del paziente, tanto che l’ordinamento impone a determinati soggetti di attivarsi nelle forme e nei modi maggiormente consentanei ad impedire che esso possa risultare più gravemente compromesso.

Piuttosto, una puntualizzazione ulteriore è resa necessaria dal fatto che, alla stregua della stessa Costituzione (art. 32, co. 2), l’attività sanitaria risulta vincolata al “consenso” della persona interessata. Si potrebbe invero osservare come —a voler ritenere l’attività del medico del tutto “inoffensiva” (e quindi, necessariamente “atipica”)⁴— si dovrebbe, coerentemente, escluderne la rilevanza penale anche nel caso in cui il medico agisca malgrado il dissenso del titolare dell’interesse protetto: richiamando l’esempio

³ Così, invece, con ampie motivazioni, D. Pulitanò, in D. Pulitano’ (a cura di), *Diritto penale, Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2011, pp. 39 ss.

⁴ In tal senso v., in particolare, A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2 ed., Cedam, Padova, 2012, pp. 299 ss., in linea, tra l’altro, con la sentenza della Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437. Analoghi rilievi in I. Leoncini, *Obbligo di cura e liceità dell’atto medico*, Roma, 2008, pp. 111 ss., 132 ss.

di cui sopra, la circostanza che il paziente si sia salvato grazie all'amputazione di quell'arto malato, dovrebbe far sì che la condotta del medico venga pur sempre ritenuta conforme all'obiettivo di salvaguardarne la salute.

A ben vedere, un simile rilievo andrebbe tuttavia incontro ad un equivoco di fondo, che è necessario dissipare una volta per tutte. Pur senza impegnarsi, in questa sede, nelle problematiche del consenso del paziente, deve infatti osservarsi come, in mancanza di consenso, il medico è obbligato, non già ad intervenire, bensì ad astenersi dall'attività. Ne deriva che, come, in caso di rifiuto delle cure da parte del paziente, il medico non sarà responsabile dell'ulteriore decorso od aggravamento della malattia, così, viceversa, qualora egli si adoperi nonostante il dissenso, la sua posizione risulterà in tutto e per tutto assimilabile a quella propria di un qualsiasi altro soggetto che agisca *sine titulo*: cosicché, il suo intervento non potrà venire apprezzato in relazione all'esito finale vantaggioso per la salute —dato che questo non potrà “prevalere” sul mancato consenso del paziente— bensì alla stregua del solo dato “materiale” dell'incidenza della condotta sull'organismo della persona costretta a subirlo, della quale dovrà dunque rispondere per il solo fatto di esserne stato responsabile. Soltanto in questa prospettiva, può avere dunque un senso il richiamo ad una situazione di conflitto tra opposti interessi: nel senso, cioè, che l'interesse alla salute sarà destinato a soccombere di fronte all'indisponibilità del paziente ad acconsentire alla sua tutela; in sostanza, quell'interesse verrà a “cedere” di fronte alla libertà di scelta del suo titolare, onde, in caso di dissenso, esso non potrà più considerarsi adeguato a fondare una posizione di “garanzia” in capo al soggetto abilitato ad eseguire l'intervento.

Un simile rapporto tra diversi interessi —è bene ancora ribadirlo— non implica, tuttavia, in alcun modo che

l'attività medica debba tornare ad essere inquadrata nella logica di una causa di giustificazione; ed invero, una volta che —consentendo il paziente— la salute torni ad assumere la prevalenza, il medico *dovrà intervenire, senza che ciò comporti l'offesa ad un interesse diverso da quello che è ormai rimasto come l'unico bene da proteggere mediante l'“obbligo di garanzia” imposto all'esercente l'attività medica.*

2. LA POSIZIONE DI GARANZIA DEL MEDICO QUALE LUOGO DI “CONFLUENZA” DI AZIONI ED OMISSIONI

Tutto ciò considerato, deve adesso osservarsi come il richiamo all'esistenza di una posizione di garanzia induca a fare ricorso, in questa materia, al disposto normativo dell'art. 40, 2° comma c.p., là dove esso sancisce che “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”. In sostanza, la malattia, da un lato, il dovere di curarla, dall'altro, parrebbero offrire le coordinate di una responsabilità, che —nel caso in cui il predetto obbligo venga disatteso— dovrebbe inquadrarsi nella logica di un'imputazione di tipo “omissivo” per il danno alla salute dovuto al difetto di cure adeguate.

Ed in effetti, è abbastanza evidente come l'intervento medico venga ad inserirsi nel corso di uno sviluppo che “non dipende da lui”, ma, per l'appunto, da un pregresso stato patologico ch'egli è chiamato a contrastare.⁵ Resta, certo, il fatto che il medico potrebbe anche “contribuire”

⁵ Cfr. R. Bartoli, in R. Bartoli (a cura di), *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, University Press, Firenze, 2010, pp. 99 ss.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1975 ss.

attivamente al verificarsi dell'evento: come accade allora, nell'eseguire, ad es., un'operazione, la sua condotta acceleri la morte del paziente non in grado di "resistere sotto i ferri". E tuttavia, non si può fare a meno di osservare come il profilo attivo od omissivo della condotta medica si presti, a ben guardare, ad assumere toni più sfumati di quanto accade in altri settori.⁶ Se è pur vero —come la giurisprudenza ha più volte riconosciuto—⁷ che un'imputazione di tipo omissivo si coglie negli esempi emblematici del mancato ricovero di un paziente o dell'omessa, errata, o ritardata diagnosi, deve notarsi, nondimeno, come sul medico finiscano spesso col "convergere", per così dire, circostanze tali da implicare, ora divieti di agire, ed ora doveri di intervento, all'insegna di quelle *leges artis* che costituiscono il punto di raccordo delle valutazioni inerenti alla specifico profilo "professionale" delle attribuzioni del sanitario.

Si pensi al caso (oggi divenuto particolarmente significativo) dei trapianti d'organo:⁸ nello stabilire se un organo espianando sia "sano" o a sua volta affetto da patologie incompatibili col trapianto, il medico incaricato potrà "errare" in forma omissiva, laddove non abbia valutato correttamente tale circostanza, e di poi "attivamente" concorrere all'esito infausto dando il proprio "nulla-osta" a chi si debba occupare dell'operazione di trapianto. In tale ottica, ad emergere come dato preminente è, insomma, quella violazione dei propri doveri professionali che nel caso imponevano una verifica più oculata, onde ren-

⁶ Cfr. quanto osservato da parte della stessa giurisprudenza richiamata in *Il diritto penale della medicina*, cit., p. 66.

⁷ V. ancora l'ampio quadro delineato in *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, cit., p. 68 ss.

⁸ Si veda in proposito la perspicua indagine di A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 477 ss.

dere possibile la comunicazione —altrimenti vietata— al successivo operatore della "trapiantabilità" dell'organo in questione. Anche nel caso recente di un omesso esame istologico, pur distinguendo tra azione ed omissione —la prima, in particolare, consistente nel rimuovere soltanto in parte una "formazione" maligna— la Corte di cassazione (nonostante alcune apparenti difformità rispetto a quanto asserito in altre, precedenti sentenze) opta alla fine per un giudizio ispirato a criteri di valutazione sostanzialmente analoghi. D'altronde, proprio nel caso in esame, la stessa rimozione di una "parte" della formazione interessata potrebbe essere anche letta sub specie di omissione: gravando, per l'appunto, sul chirurgo l'obbligo di procedere ad un'asportazione totale, in modo da impedire che la parte residua potesse continuare ad "inquinare" i tessuti coinvolti.⁹

3. LE PROBLEMATICHE CAUSALI

La complessiva valutazione —in forma attiva od omissiva, e talora in entrambe le forme— del comportamento del sanitario, sollecita a questo punto una riflessione in merito al *nesso* che dovrebbe essere postulato tra la condotta e l'esito lesivo verificatosi. La tendenza prevalente in materia è solita analizzare simili fenomeni alla luce della categoria generale del "rapporto di causalità". E tuttavia, deve dirsi come una simile tendenza sia andata incontro

⁹ Per un'analisi del "caso" ora ora illustrato cfr. C. Sale, *La condotta medica tra azione e omissione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, pp. 1-4. Sul problema dei rapporti tra azione ed omissione in ambito medico, v., ampiamente, L. Ramponi, in D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in A. Belvedere - S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina - Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 947 ss.

nel tempo a reiterati mutamenti di indirizzo nel modo di procedere al suddetto accertamento. All'origine di una siffatta instabilità delle opinioni in materia si pongono, a ben guardare, delle motivazioni di fondo collegate al carattere essenzialmente congetturale e "probabilistico" delle valutazioni correlative.

Si considerino, in primo luogo, quelle patologie che possono sinteticamente denominarsi come "multifattoriali". Ad es., è ben noto come certe forme di intossicazione o di processi di tipo infettivo possano derivare —od essere ulteriormente aggravati— da una pluralità di agenti patogeni; ebbene, ipotizzando che tra questi venga a collocarsi anche l'assunzione di determinati farmaci o la sottoposizione a particolari trattamenti clinici (come accadde in un caso assai noto, in cui si trattava di valutare gli effetti presumibilmente dovuti all'inserimento di un catetere),¹⁰ potrebbe non esservi, tuttavia, certezza alcuna circa l'identificazione, *nel caso particolare*, del ruolo causale di simili fattori rispetto al decesso del paziente: potendo ben darsi, in effetti, che il processo eziologico sia stato invece avviato od accelerato da altre circostanze (ingestione di certi cibi o bevande, abitudine al fumo, pregresse affezioni al sistema epato-biliare, etc.) parimenti in grado di determinare quegli eventi. Cosicché il giudizio da effettuare si troverà sovente a fare i conti con una valutazione che —non essendo "certo" quale sia stato il fattore rilevante— dovrà essere condotta secondo un parametro riferito, per l'appunto, alla maggiore o minore "probabilità" che il processo eziologico sia stato influenzato dall'assunzione di quella sostanza od alla sottoposizione a quel trattamento.

¹⁰ Sulla vicenda, cfr. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa, 2009, p. 185.

Ma v'è di più: anche a supporre un'"esaustiva" "conoscenza" del decorso causale all'origine dell'evento lesivo, molto più difficile potrà rivelarsi l'interrogativo, essenzialmente "ipotetico", in ordine a cosa sarebbe accaduto qualora il medico fosse intervenuto in maniera adeguata; le "variabili" collegate al *se* l'evento avrebbe potuto essere impedito risultano invero, in molti casi, numerose e non sempre identificabili nella loro concreta influenza sull'esito finale del giudizio causale. Ad es., posto che un tumore non sia stato diagnosticato tempestivamente, ovvero —come nel "caso" sopra ricordato— non sia stato asportato alla radice, resta tuttavia da domandarsi: quale reale efficacia avrebbero potuto avere gli "adempimenti" doverosi sul decorso della malattia? Posto che l'intervento da effettuare dovesse risultare più radicale ed "invasivo", avrebbe potuto il paziente, date le sue condizioni generali, sostenere i rischi della connessa operazione? Ed ancora: avendo la successiva autopsia rivelato l'esistenza di elementi da cui desumere una forte riduzione delle difese immunitarie, avrebbe tale circostanza consentito alla fase postoperatoria di svolgersi secondo la direzione auspicata?

Ebbene, è opportuno adesso ricordare come, stando ad un'impostazione meno recente (seguita soprattutto in giurisprudenza), l'esistenza del nesso causale —specialmente in situazioni ricondotte nel campo dell'omissione— venisse postulata secondo un grado non particolarmente elevato di probabilità che la condotta conforme alle *leges artis* avrebbe avuto di impedire il verificarsi dell'evento. Così, ad es., in due note vicende giudiziarie —l'una riguardante la mancata asportazione di frammenti di vetro dalla cavità addominale del paziente, l'altra relativa all'omessa diagnosi di una grave insufficienza respiratoria con conseguente mancato ricovero urgente presso il reparto di rianimazio-

ne— la Cassazione affermò la responsabilità del medico sul presupposto che il salvataggio del paziente avrebbe potuto venire comunque favorito in misura apprezzabile grazie ad una condotta professionalmente corretta.¹¹

La tesi in questione venne tuttavia aspramente criticata, in base al rilievo ch'essa si sarebbe limitata a valutare, in una prospettiva essenzialmente “prognostica”, un mero “aumento del rischio” per la salute del paziente, senza verificare la sussistenza di uno specifico collegamento —riscontrabile *ex post*— tra l'inadempienza del medico e il concreto verificarsi dell'evento. In sostanza, l'unico dato posto realmente a fondamento delle decisioni sarebbe stato quello dell'“irregolarità” dell'intervento, essendo mancata la verifica in ordine al nesso effettivo tra tale irregolarità e l'esito della morte del paziente.¹² Detto ancora più brevemente: a fondare la responsabilità sarebbe stata la sola condotta (colposa) del medico, e non l'esistenza del nesso causale tra tale condotta e il risultato lesivo.

La giurisprudenza successiva a tali pronunce (e ad altre analoghe, peraltro riscontrabili anche in tempi più recenti, ma con assai minore frequenza) si propose dunque di agganciare la valutazione probabilistica a presupposti ben

¹¹ In proposito, anche per ulteriori riferimenti, cfr. R. Bartoli, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., pp. 88 ss. e relative note; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 268 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, vol. 3 del *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, Cedam, Padova, 2003, pp. 250 ss. In precedenza, cfr. I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, cc. 363 ss.

¹² Cfr., tra gli altri, M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 50 ss. Una visione più articolata della giurisprudenza in C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 848 ss.

altrimenti rigorosi e vincolanti sotto il profilo della “diagnosi” causale. Complice anche un'elaborazione dottrinale fortemente “garantista”, si è così arrivati ad un vero e proprio “rovesciamento” della prospettiva originaria: rovesciamento operato all'insegna di una scelta metodologica ispirata all'idea che soltanto determinate leggi scientifiche (e non già l'“intuizionismo” del giudice od il ricorso a generiche “massime di esperienza”) possano rendere empiricamente fondata (e processualmente “controllabile”) la verifica del rapporto causale. A tale stregua —anche sulla scorta della regola di giudizio che richiede la prova della colpevolezza “oltre ogni ragionevole dubbio” (art. 533, co. 1, c.p.p.)— si è giunti ad affermare che il giudizio di responsabilità potrebbe fondarsi unicamente su di una legge scientifica idonea ad asseverare il nesso con l'evento nei termini di una probabilità vicina al cento per cento;¹³ ad es., la Cassazione ritenne viziata una sentenza di condanna, per non avere questa offerto la prova suddetta riguardo ad un medico del pronto soccorso che non aveva disposto il ricovero di un paziente cardiopatico, deceduto il giorno stesso delle sue dimissioni dal luogo di prime cure.¹⁴

Tale soluzione, tuttavia, nonostante l'autorevolezza della “fonte” dottrinale e l'indubbio merito di aver dato impulso ad una visione causale affrancata da “manipolazioni” arbitrarie, lasciava sul campo alcune delicate questioni; ossia, oltre a quella connessa all'estrema difficoltà —in

¹³ Cfr. F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3 ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 346 ss., 371 ss.

¹⁴ Cfr., in proposito, le analisi di A. Martini, *Commento all'art. 40 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, 5 ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 281s.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1984 s., e già prima di F. Centonze, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 289 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 318 ss.

una materia dominata dall'incertezza— di poter riservare ancora spazi effettivi alla responsabilità del sanitario, quella dovuta ad una sorta di “inversione” ed alterazione dei rapporti tra diritto sostanziale e disciplina processuale.

Ed invero: che il giudice debba pervenire ad un convincimento in termini di (umana) certezza circa la responsabilità dell'imputato, è affermazione che merita di essere condivisa senza riserve. Ma pare difficile negare come un simile assunto non interferisca propriamente con la tematica relativa alla configurazione dei *connotati sostanziali* della categoria invocata per fondare il nesso con l'evento.¹⁵ In altri termini, anche ammettendo che la valutazione probabilistica inerente al rapporto causale non necessariamente debba attingere il livello della (quasi) certezza postulata dalla tesi in esame, ciò non impedirebbe affatto di ritenere ugualmente rispettata la garanzia sottesa alla regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”. Tale regola, per l'appunto, in quanto afferente al piano *processuale*, non può che esprimersi in una verifica (rigorosa quanto si voglia) di un rapporto causale *già previamente* concepito secondo un metro probabilistico ritenuto confacente alle *esigenze sostanziali*: di modo che è *soltanto su questo terreno* che si dovrebbe decidere se il criterio utilizzabile debba essere quello —estremamente “esigente” (a tal punto da tradursi in una diffusa prassi assolutoria)— invocato dalla tesi in esame, ovvero quello riferito ad una percentuale statistico-probabilistica di dimensioni più “contenute”, e sia pure corroborata da adeguate verifiche a livello scientifico e sperimentale.¹⁶

¹⁵ In argomento, autorevolmente, A. Pagliaro, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1043, sia pure nel quadro di una diversa impostazione.

¹⁶ Per ulteriori considerazioni al riguardo, *cf.*, volendo, G.A. De Francesco, *Modelli scientifici e “cultura” dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 455 ss.

4. CAUSALITÀ DELLA CONDOTTA E PROCESSI CAUSALI “ALTERNATIVI”

Ma non basta. In realtà, l'opinione dianzi considerata presenta un ulteriore motivo di perplessità, che un'analisi più attenta della problematica in esame ha consentito col tempo di evidenziare. Il fatto è che la “legge causale”— proprio in quanto formulata in termini generali— non permette di venire apprezzata nei suoi risvolti pratico-operativi, finché non venga, per così dire, posta più intimamente “a contatto” con i singoli casi concreti. Se è pur vero, in effetti, che la legge in questione, per essere tale, avrà già dovuto essere congruamente “testata” e convalidata sul piano sperimentale, ciò non significa, tuttavia, che si possa prescindere dal “situarla” di volta in volta nel particolare contesto storico della vicenda sottoposta a giudizio. E da questo punto di vista, non sembra determinante, a ben guardare, il grado sul piano statistico-probabilistico espresso dalla legge in questione, quanto piuttosto un'accurata verifica del “peso” effettivo dell'ipotesi causale formulata a confronto con il variegato insieme di fattori con i quali la condotta del soggetto si sia trovata ad “interagire”. In tale logica, in effetti, potrà ben accadere che quel livello probabilistico venga di fatto a scemare di fronte alla constatata influenza di altre circostanze presentatesi nello scenario della vicenda causale; così come, all'inverso, anche una probabilità in linea di principio poco significativa potrà ben rivelarsi dotata di un potenziale esplicativo particolarmente elevato, quando la relativa ipotesi causale non appaia smentita o “superata” da ulteriori verifiche inerenti al quadro complessivo dell'accadimento da valutare.

Quest'ultima evenienza, in particolare, ha formato oggetto —sia pure in una più ampia prospettiva sistemati-

ca— di una notissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (10 luglio 2002, n. 27).¹⁷ La vicenda riguardava la morte di un paziente sottoposto ad una terapia a base di antibiotici, non preceduta, tuttavia, da più accurate indagini ed accertamenti, che avrebbero permesso di evidenziare i rischi connessi alla presenza di una grave deficienza immunitaria in grado di accelerare un grave processo di tipo infettivo. Ebbene, la Corte sentenziò che, anche a voler postulare l'esistenza di una legge scientifica contrassegnata da una "frequenza" medio-bassa di probabilità dell'evento, la condotta omissiva del medico, in assen-

¹⁷ Vedila in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss. Numerosissimi i commenti a tale pronuncia, tra i quali basti qui ricordare, da un lato, i rilievi critici di F. Stella, *Giustizia*, cit., pp. 350 ss., e, dall'altro, nella dottrina più recente, le prese di posizione, più o meno nettamente favorevoli, di F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., pp. 1315 ss.; R. BARTOLI, *op.cit.*, pp. 95 ss.; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., pp. 78 ss., 296 ss., 363 ss.; O. DI GIOVINE, *Intervento*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., pp. 263 ss.; M. Donini, *Il garantismo della "condicio sine qua non" e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in M. Bertolino – L. Eusebi – G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Jovene, Napoli, 2011, pp. 936 ss., 960 ss.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Responsabilità*, cit., pp. 179 ss.; C.F. Grosso, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie – S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Cedam, Padova, 2006, pp. 132 ss.; A. Manna, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, pp. 597 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, 10 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 131 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, 4 ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 198 ss.; A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità scientifica*, in D. Brunelli (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 342 s. Sulle vicende giurisprudenziali successive alla pronuncia in questione (largamente richiamate in *Il diritto penale della medicina*, cit., spec. pp. 70 ss.), cfr., tra gli altri, R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 39 ss.; G. De Vero, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, cit., pp. 153 s.; A. Di Landro, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalle sezioni unite nella sentenza "Franzese"? Due nuovi esempi di causalità more iuridico demonstrata*, in *Foro it.*, 2006, II, cc. 623 ss.; A. Sereni, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 285 ss.

za del riscontro di eventuali cause "alternative" all'origine del risultato, doveva essere ritenuta causalmente rilevante "con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale"; dove tale formula starebbe appunto ad indicare come il livello della frequenza espresso dalla legge probabilistica —per quanto in sé poco rilevante— possa "trasformarsi", per così dire, in una ricostruzione altamente probabile (e proprio per questo anche "razionalmente credibile") circa la sua effettiva dimensione eziologica rispetto al verificarsi del risultato.

La pronuncia in questione ebbe il merito, d'altronde —come si è dianzi avvertito— di porre in particolare risalto l'importanza della necessaria esclusione da parte dell'organo giudicante di possibili decorsi causali "alternativi" all'origine dell'evento lesivo. L'importanza di tale verifica —è bene precisarlo— non significa, tuttavia (come la stessa Cassazione ha opportunamente osservato)¹⁸ che, nel momento di confrontare la condotta con altri possibili agenti causali, si possa fare a meno del *previo riconoscimento* di una legge scientifica in ordine al ruolo eziologico del predetto comportamento. Si vuol dire, in altri termini, che sarebbe sicuramente inaccettabile che la mancanza di una simile legge —o, il che è lo stesso, la carenza di precedenti controlli in grado di attestarne la capacità esplicativa— possa essere surrogata dalla constatata assenza di altri fattori potenzialmente causali (quali ad es., per richiamare esempi assai noti, l'abitudine al fumo, l'inalazione di polveri nocive, la presenza di fattori ereditari impossibili da diagnosticare, etc.).

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, cit., p. 1140. Sulla questione, v. l'ampio studio di C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 199 ss. Una maggiore valorizzazione dei decorsi "alternativi" si rinviene, peraltro, nell'acuta indagine di M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in M. Bertolino – G. Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Jovene, Napoli, 2007, pp. 903 ss.

Pur mancando questi ultimi, la causalità della condotta —ove non sorretta da un'adeguata spiegazione scientifica— dovrà, in effetti, essere necessariamente negata: al "vuoto" causale dovuto all'assenza di tali fattori, verrà, in definitiva, ad affiancarsi lo stesso "vuoto" derivante dall'inesistenza di qualsiasi base cognitiva (si pensi alla mancata conoscenza dei processi all'origine di certe "reazioni" dell'organismo del paziente) in ordine agli sviluppi della condotta imputabile al medico. E da un "doppio vuoto", per così dire, non potrà dunque emergere, pena il rischio di cadere nell'arbitrio, il "pieno" di una causazione penalmente rilevante: non quella, per l'appunto di verosimili "altre cause" concretamente operanti, ma nemmeno quella della presumibile "causa" umana all'origine dello sviluppo o dell'acceleramento del processo patologico.

Detto questo, è altrettanto importante osservare, tuttavia, come —in accordo con un'opinione manifestatasi sia in dottrina che in giurisprudenza— l'incidenza ipotetica di fattori causali "alternativi" non possa imporre una valutazione ad opera del giudice, laddove non sussista alcun indice *plausibile* in grado di far supporre l'intervento di simili fattori (si pensi ad un caso nel quale venne esclusa la plausibilità di un'eventuale causa alternativa dovuta ad un preteso ritardo non imputabile al medico); in sostanza, soltanto in presenza di indizi suscettibili di approfondimento —e non già sulla base di un'ipotesi, bensì astrattamente formulabile, ma, nella fattispecie, del tutto inverosimile— il giudice sarà tenuto ad indagare la possibile efficienza causale di altre circostanze in grado di spiegare esse stesse la produzione dell'evento.¹⁹ A supporre diversamente, la responsabilità penale del medico tornerebbe, invero,

¹⁹ Sul punto, cfr. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit., pp. 187 ss. e nota 82.

ancora una volta, a restare praticamente fuori gioco; non potendosi escludere, dato il grado limitato delle umane conoscenze, che possa sempre ricorrere una qualche altra causa all'origine dell'evento, il giudice dovrebbe, in effetti, rinunciare sistematicamente a pronunciare condanna, con la conseguenza paradossale che l'"inconoscibile" od assolutamente improbabile verrebbe in ogni caso ad assurgere al rango di un "dubbio ragionevole" circa la responsabilità dell'imputato.

5. IL TERMINE DI RIFERIMENTO DEI GIUDIZI "PROBABILISTICI": L'EVENTO "CONCRETO" E LA DUBBIA RILEVANZA DEL QUOMODO DEL SUO VERIFICARSI

Finora abbiamo sempre presupposto che, sia pure mediante il ricorso a valutazioni di ordine probabilistico, la categoria della causalità penale possa fornire un criterio di valutazione atto ad individuare l'esistenza o meno di una responsabilità del professionista. Ma occorre adesso definire con maggiore precisione quale debba considerarsi più propriamente il *termine di riferimento* di tale giudizio probabilistico.

Si è già osservato che l'attività medica si inserisce —come peraltro è evidente— in uno sviluppo causale già in corso, ossia quello connesso alla sussistenza di un processo patologico sul quale il sanitario è chiamato appunto ad intervenire a tutela dell'altrui salute. Tale dovere d'intervento, tuttavia —malgrado nel linguaggio corrente si continui spesso a parlare di "salvataggio" o di "guarigione" del paziente— non può essere, ragionevolmente, riferito al recupero definitivo di una condizione di perfetto benessere: e non può esserlo, sia *per eccesso*, in quanto l'idea che il medico debba "annullare" qualsiasi conseguenza connessa

alla malattia finirebbe con l'attribuirgli la capacità sovrumana di ripristinare sempre e comunque, quasi si trattasse di un mago guaritore, la salute della persona in pericolo; sia anche *per difetto*, in quanto, una volta constatato che un risultato del genere non appare sempre ottenibile, non per questo si potrà esentare il professionista da ogni responsabilità penale, quando si possa accertare che una corretta attività terapeutica, pur non potendo assicurare *tout court* il recupero della salute, fosse tuttavia in grado (come ha precisato la stessa pronuncia delle Sezioni Unite sopra ricordata)²⁰ di *posticipare* l'evento lesivo, o di ridurre l'intensità della patologia di cui il paziente era affetto.

In sostanza, l'evento deve essere necessariamente concepito nella sua dimensione *concreta*, collocandolo, cioè, nel contesto "storico" in cui esso ha avuto luogo. Da tale angolo visuale, non conta soltanto, allora, sciogliere l'alternativa di principio tra il "sì" (salute recuperata) e il "no" (morte inevitabile o persistenza della malattia), quanto piuttosto verificare il *quando* — se in quel momento o dopo — e l'*entità* del pregiudizio — se, cioè, meno grave ed intensa avrebbe potuto essere la lesione del bene protetto laddove il medico avesse operato secondo le proprie competenze professionali. E del resto — di fronte ad una possibilità, anche provvisoria o temporanea, di godere di una più accettabile "qualità della vita" — perché negare spazio al dovere terapeutico, quando lo stesso paziente abbia prestato il proprio consenso a vedersi garantito (nei limiti consentiti dall'"arte medica") un tale, seppur limitato, orizzonte esistenziale?

²⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, *cit.*, p. 1141 (nonché ulteriori, numerose pronunce riportate in *Il diritto penale della medicina*, *cit.*, pp. 66 ss.). Insiste opportunamente su tale profilo di valutazione, tra gli altri, A. Vallini, *La ricostruzione*, *cit.*, pp. 198 ss.

In tempi recentissimi, la giurisprudenza è andata, per vero, addirittura oltre una tale "estensione" dell'ambito di rilevanza causale dell'intervento medico. Essa ha affermato, in particolare, che il medico possa essere chiamato a rispondere anche sotto il profilo del *quomodo* del verificarsi del danno al paziente;²¹ in un caso di parto spontaneo con distocia della spalla del nascituro, si è invero ritenuto sufficiente che l'indebolimento dell'arto, praticamente sicuro anche in presenza di un parto cesareo, si sarebbe prodotto, nondimeno, laddove quest'ultimo fosse stato praticato, attraverso una differente "modalità" del decorso causale. Sospendiamo in questa sede il giudizio circa quest'ultima ed estrema "frontiera" attinta dalla problematica della causalità medica; non senza osservare, tuttavia, che, proprio nella logica "probabilistica" della valutazione causale, sarebbe forse consigliabile che ad una riduzione della misura percentuale rispetto a quella postulata dalle correnti più "rigoriste" (altissima probabilità o quasi-cerchezza dell'evento anche in presenza di una condotta "regolare") facesse, quanto meno, da contrappeso un'effettiva possibilità di incidenza sui "tempi" o sull'"entità" del pregiudizio (e non invece sulle sole "modalità" del suo verificarsi) secondo i criteri che si è cercato poc'anzi di delineare.

6. LA CRISI DEL PARADIGMA CAUSALE DI FRONTE ALLA "PLURISOGGETTIVITÀ" DELLO SCENARIO TERAPEUTICO

Piuttosto, di ben maggiore rilevanza ai fini della nostra indagine si rivela la constatazione secondo la quale la categoria della causalità (almeno nella sua fisionomia tradizionale) non sembra sempre presentare una dimensione

²¹ V., al riguardo, P. Piras, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 4 ss.

tecnicamente confacente con l'attuale modo di atteggiarsi dell'attività medico-chirurgica. Si vuol dire, in altri termini, che tale categoria, specialmente a seguito degli sviluppi che hanno portato ad una sempre più articolata specializzazione e "divisione del lavoro", pare essere andata progressivamente smarrendo quelle capacità di "prestazione" che le avevano in precedenza consentito di individuare uno specifico collegamento tra la condotta e l'evento verificatosi.

In particolare, deve ricordarsi, a tale proposito, che, com'è stato giustamente osservato, la condotta medica viene oggi a risultare in varia guisa collegata all'espletamento di ulteriori condotte ad opera di terzi (anch'essi) impegnati nell'esercizio dell'attività a beneficio di un determinato paziente.²² Di modo che, in un contesto divenuto sempre più a carattere "plurisoggettivo", sempre meno significativa si rivela l'indagine in ordine a "chi", nello specifico, debba considerarsi propriamente autore della singola condotta "causatrice" dell'evento lesivo: così come, d'altronde – sulla scia di quanto si era già avvertito in precedenza (v. *retro*, § 2) – viene ulteriormente a ridimensionarsi il problema circa la caratterizzazione in forma attiva od omisiva della condotta rilevante. Dal "consiglio" del medico generico circa l'opportunità di un eventuale ricovero, alle

²² Cfr., in generale, S. Canestrari – L. Cornacchia – G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 435 ss. Assai interessante l'impostazione di L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 38 ss., 246 ss., 457 ss., 527 ss., 530 ss., il quale sviluppa una serie di rilievi (in parte affini a quelli da noi prospettati in altra sede: v. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 332 ss., ed in proposito L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., pp. 156 ss., 537 ss.) che tengono maggior conto della fenomenologia, sovente a carattere plurisoggettivo, che interessa attualmente numerosi campi di attività rischiose. V. anche le pertinenti osservazioni di A. Vallini, *La ricostruzione*, cit., pp. 147 s., 152, 172 s.

analisi cliniche conseguenti, alla "diagnosi" dei relativi risultati, alla prescrizione di certi tipi di farmaco, alla decisione se intervenire chirurgicamente, alla sottoposizione ad anestesia, all'esecuzione di quell'intervento da parte di un'equipe medica, alla fase dei controlli postoperatori, alle cure ordinate al paziente una volta dimesso dall'ospedale, è tutto un "cumularsi" o susseguirsi di prestazioni varie e molteplici, per lo più sulla base di competenze professionali diversificate, e sia pure "interagenti" tra loro. Il fenomeno, d'altronde, è destinato ad amplificarsi ulteriormente di fronte ai progressi della medicina nel campo dei trapianti d'organo, da taluno significativamente ricondotti ad un'ipotesi tipica di "trattamento diacronicamente plurisoggettivo":²³ invero, accanto all'opera dei soggetti incaricati di accertare l'integrità degli organi espiantandi, viene a collocarsi l'attività successiva consistente nel provvedere alla loro asportazione, e di poi al loro reimpianto nel corpo del paziente, fino ad arrivare alla fase, delicatissima (e che qui si suppone affidata alle cure di un altro specialista), volta a verificare l'andamento delle terapie e l'eventuale manifestarsi di "crisi di rigetto" nell'organismo del paziente medesimo.

Ebbene, non è difficile accorgersi come l'insistenza nel voler decifrare la vicenda in termini strettamente "causali" finisca col rivelarsi sostanzialmente inespressiva della fenomenologia che si cercato di delineare. Invero, il nügolo di condotte volte a contrastare il decorso della malattia denota l'intersecarsi di incombenze funzionalmente collegate tra loro, nel senso che ognuna di esse viene a fare da premessa allo svolgimento dell'altra, *senza che, tuttavia, possa dirsi che l'assolvimento dei doveri propri di ciascuno possa*

²³ Cfr. il già ricordato scritto di A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, cit., p. 477 ss.

da solo assicurare un risultato favorevole al paziente. In sostanza, posto che al singolo soggetto siano richieste determinate prestazioni, non vi è alcuna possibilità di farne discendere un corretto adempimento dei compiti spettanti agli altri operatori, essendo l'intervento di questi ultimi frutto di una "scelta" liberamente operata, e non già di un *nesso* indefettibile con la precedente (o contemporanea) condotta da altri esplicata; ragionando *ex adverso* —supponendo, cioè, che uno o più tra i soggetti coinvolti abbiano mancato ai propri doveri professionali— non è dunque plausibile asserire che una condotta eventualmente conforme a tali doveri avrebbe scongiurato il verificarsi dell'evento, per la semplice ragione che non è dato sapere come si sarebbero comportati gli altri partecipanti all'attività, e non è dunque neanche ragionevole istituire, rispetto a quell'inosservanza, un rapporto causale *direttamente* collegato all'esito infausto.

Il fenomeno descritto, in ultima analisi, sembrerebbe, piuttosto, riprodurre le caratteristiche essenziali di un "concorso di persone nel reato", se del caso nella forma di una "cooperazione colposa" riconducibile al disposto normativo dell'art. 113 c.p.;²⁴ dove è ben chiaro che il rapporto tra le varie condotte non risulta decifrabile secondo un metro *causale* —dato che questo non può che intercorrere tra una condotta e un *evento*—²⁵ quanto invece, semmai, alla stregua di una relazione di carattere "strumentale", nel senso che ciascun operatore verrà appunto a "servirsi"

²⁴ In argomento *cf.*, di recente, L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 821 ss., e, con ampi richiami alla giurisprudenza, A. di MARTINO, *Concorso di persone*, in G.A. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, vol. II del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 214 ss. In precedenza, per l'inquadramento generale del problema, v. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 106 s.

²⁵ Si consenta il rinvio a G. A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 332 ss.

dell'apporto degli altri partecipanti all'attività; di modo che l'addebito rivolto al singolo professionista non sarà sempre riconducibile, lo si ripete, ad un mancato *impedimento dell'evento*²⁶ (come se egli fosse l'unico soggetto chiamato ad intervenire), ma soltanto al non aver operato in maniera tale da favorire lo svolgimento delle proprie mansioni da parte di altri soggetti (anch'essi) impegnati nel trattamento.

7. L'IMPORTANZA DEL "PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO" E GLI ECCESSI DELLA GIURISPRUDENZA. MA V'È DI PIÙ

La pretesa di sondare la responsabilità medica —specialmente quella "plurisoggettiva"— facendo sempre ricorso ad un metro di tipo "causale" rischia di lasciare nell'ombra un ulteriore, fondamentale, profilo di valutazione, le cui implicazioni sulla disciplina della materia vengono ad interessare più da vicino il modo di atteggiarsi dell'elemento della colpa dell'operatore sanitario.

²⁶ F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., pp. 1282 ss. – seguito da F. Viganò, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Responsabilità*, cit., pp. 255 s., che tuttavia perviene a differenti conclusioni – agita la questione se l'omesso 'impedimento' dell'evento non possa essere postulato per il solo fatto ch'esso si è appunto verificato. Peraltro, trattandosi di addebitare una responsabilità, resta pur sempre il problema di definire il nesso d'imputazione penalmente rilevante: problema che Viganò ritiene, in particolare, di risolvere mediante il richiamo al requisito della colpa. Sennonché, delle due l'una: o si finisce, ragionando in tal modo, con il doversi sempre più accostare ad una prospettiva *ex ante* (per quanto respinta dall'autore), oppure i risultati saranno largamente coincidenti con quelli sottesi ad una verifica causale, sia pur affrancata dalla pregiudiziale "nomologico-deduttiva" (come osserva giustamente G. Fiandaca, *Appunti sul "pluralismo" dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'assise*, 2011, p. 66); per non parlare poi del fatto che la riflessione sul problema necessita, giusta quanto si è detto e si dirà ancora *infra*, nel testo, di essere operata in più stretta connessione con le sempre più frequenti dinamiche plurisoggettive del fenomeno in esame.

Si tratta, in particolare, della necessità di attribuire la dovuta importanza al noto principio di “affidamento”²⁷ nei rapporti tra gli autori delle condotte poste all'interno dello scenario complessivo che siamo andati delineando. Il nocciolo essenziale di tale canone valutativo può riassumersi nel rilievo secondo il quale ciascun soggetto che prenda parte allo svolgimento di una determinata attività, deve, per l'appunto, poter confidare nel fatto che anche gli altri soggetti chiamati ad esercitarla si attengano alle regole che spetta loro osservare in ragione delle funzioni di volta in volta espletate. Invero, l'ordinamento non può ammettere che il singolo responsabile venga gravato dell'onere, non soltanto di rispettare le regole che lo riguardano, ma di esercitare, altresì, un controllo sull'assolvimento dei propri doveri da parte di coloro che siano tenuti parimenti ad adempierli in base alle rispettive competenze professionali. Qualora un simile principio venisse disatteso, si arriverebbe, invero, non soltanto a rendere intollerabilmente gravosa la posizione del singolo operatore, obbligandolo a verificare nei minimi dettagli le scelte proprie degli altri (malgrado questi debbano presumersi altrettanto capaci di agire correttamente), ma anche —di conseguenza— a rendere difficile, sotto il peso schiacciante di tale ulteriore incombenza, la puntuale osservanza dei doveri “personalmente” attribuiti a ciascun partecipante all'attività.

Nel nostro ambito, tutto ciò significa, a ben guardare, che ciascun operatore non sarà dunque tenuto (né, d'altronde, dovrebbe essere sollecitato) ad “ingerirsi” nello svolgimento di quelle “fasi” dell'attività terapeutica in linea di principio rientranti nelle funzioni assegnate ad un altro professionista. E da questo punto di vista, si comprende, allora, come tale circostanza venga a rappresentare

²⁷ Su tale principio, v., per tutti, la vasta e profonda indagine di M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997.

un ulteriore ostacolo rispetto ad una verifica condotta in termini strettamente “causali”. Invero, se si ritenesse che la responsabilità del medico —come richiesto da una verifica siffatta— debba essere *direttamente* collegata all'evento lesivo, sarebbe allora maggiormente congruo porgli a carico una sorta di “dovere di sequela” dell'intero percorso terapeutico: nel senso appunto che i suoi compiti non potrebbero limitarsi a predisporre le condizioni perché altri intervenga, dovendo invece estendersi, nei limiti del possibile, ad un controllo sull'operato dei propri colleghi, nonché ad eventuali interventi “surrogatori” rispetto ad altrui ritardi od inadempienze, nello sforzo estremo di arrestare l'evolversi del processo patologico in direzione di un esito infausto. Uno scenario, com'è agevole constatare, del tutto incompatibile con quella “divisione” di compiti oggi divenuta essenziale per fronteggiare la complessità dell'attività medico-chirurgica: e che porterebbe con sé, quale effetto ulteriore (come vedremo meglio in seguito), anche la tendenza a concepire lo stesso requisito della “colpa medica” in termini tali da svincolarla dalla previa identificazione di una condotta specificamente collegata al tipo di rischio “personalmente” affidato alle cure del singolo operatore.

E tuttavia, non è possibile nascondersi come, a tutt'oggi, la giurisprudenza in materia —nonostante indubbi progressi nel senso di una più marcata articolazione e “distribuzione” dei ruoli in capo ai singoli esercenti l'attività— resti ancora fortemente condizionata da un atteggiamento scarsamente consapevole delle esigenze sottese al fondamentale principio di affidamento. Così, nell'ambito delle “strutture ospedaliere”, si assiste sovente al riconoscimento di “doveri di controllo” in capo ai dirigenti “apicali” tali da spingersi verso un sindacato costante e capillare sull'operato dei medici “subalterni”, nonostante che a questi la stessa normativa in vigore attribuisca un'ampia

sfera di autonomia nel seguire il percorso terapeutico:²⁸ e se è pur vero che emerge talora una distinzione tra “errori di valutazione” – di cui il capo-reparto sarebbe responsabile per non aver vigilato sui propri collaboratori – ed “errori di disattenzione” —i quali sarebbero invece imputabili, trattandosi di attività di mera *routine*, esclusivamente a questi ultimi—²⁹ non è men vero che i casi di esenzione da responsabilità appaiono quantitativamente assai modesti e sovente confinati a situazioni-limite incapaci di sovvertire una tendenza tuttora ampiamente diffusa nella prassi applicativa. Per converso, anche i medici subalterni vengono ritenuti non di rado responsabili, per non avere espletato le opportune verifiche sulle scelte dei propri “superiori”, con la conseguenza di vedersi di fatto assegnato un ruolo sostanzialmente “paritetico” rispetto a quello che dovrebbe invece spettare unicamente al soggetto posto al vertice della struttura.³⁰

Né può dimenticarsi, d'altronde, come una tendenza analoga a quella ora ricordata venga sovente a manifestarsi anche nello scenario, tipicamente “interattivo”, de-

²⁸ In proposito, cfr. gli interessanti studi di L. Gizzi, *La responsabilità medica in équipe*, in *Responsabilità*, cit., pp. 51 ss.; D. Guidi, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, cit., p. 223 ss.; A. Palma, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 615 ss.; P. Piras – G. P. Lubinu, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina*, cit., pp. 312 ss.; L. Ramponi, in D. Castronuovo – L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., pp. 992 ss.; E. Sborra, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina*, cit., pp. 131 ss. Per ampi richiami alla giurisprudenza v. anche *Il diritto penale della medicina*, cit., pp. 37 ss.

²⁹ Cfr., sul punto, D. Guidi, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, cit., pp. 227 s., ed in precedenza, A. R. Di LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico in équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 243 ss.

³⁰ Al riguardo, cfr. A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1629 ss., e, più di recente, L. Gizzi, *La responsabilità medica in équipe*, cit., pp. 57 ss. V. anche la giurisprudenza riportata in *Il diritto penale della medicina*, cit., pp. 46 ss.

llo svolgimento di un'operazione chirurgica da parte di un *équipe*:³¹ dove, la responsabilità del soggetto a capo del gruppo impegnato nell'intervento, viene ad essere riconosciuta in forma sostanzialmente “automatica”, in base al presupposto dell'esistenza di un dovere di controllo esteso a tutte le fasi dell'operazione, nonostante che le mansioni corrispondenti (quali, ad es., quelle proprie dell'anestesista o di altri partecipanti all'esecuzione dell'intervento) risultino affidate a soggetti in grado, a loro volta, di assolverle con la necessaria competenza e diligenza professionale.

8. LA COLPA MEDICA: LE PECULIARITÀ DELLE REGOLE CAUTELARI E IL PROBLEMA DELLA “PERSONALIZZAZIONE” DEL GIUDIZIO. L'ESPERIENZA DELLA “COLPA GRAVE”

Come si è dianzi anticipato, le osservazioni che precedono acquistano ancor maggiore importanza, una volta calate nel contesto della valutazione in termini di colpa del comportamento del sanitario. Nella riflessione della dottrina più consapevole è andata, in proposito, sempre più maturando la convinzione secondo la quale la varietà e la complessità dei casi in ambito professionale —così come dei molteplici fattori di rischio che ad essi si accompagnano— debba condurre a “ritagliare” e modellare la responsabilità del singolo esercente l'attività tenendo conto delle conoscenze e delle capacità sul piano tecnico-operativo da lui ragionevolmente esigibili.³² Eppure, non è difficile accorgersi come un simile assunto debba fare i conti con al-

³¹ Cfr., tra gli altri, D. GUIDI, *L'attività*, cit., pp. 239 ss.; P. Piras – G. P. Lubinu, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, cit., pp. 312 s.; L. Ramponi, in D. Castronuovo – L. Ramponi, *op. cit.*, pp. 996 ss. Per ulteriori richiami alla giurisprudenza, cfr. *Il diritto penale della medicina*, cit., pp. 49 ss.

³² Basti qui ricordare la mirabile sintesi di F. Palazzo, *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1063 ss.

cuni profili problematici che vengono subito a delinearsi, non appena ci si accosti più da vicino al tipo di valutazione inerente alla colpa nel settore qui considerato. Una valutazione, per vero, che sembra non di rado resa difficile dalle stesse peculiarità delle regole di diligenza quali è dato sovente riscontrare proprio nell'ambito medico-chirurgico.

Vediamo di spiegare brevemente le ragioni di un simile fenomeno. Le regole rilevanti in tema di colpa si atteggiavano, come ben si sa, alla stregua di precetti o imperativi "strumentali" volti a far sì che non si verificassero determinati eventi lesivi: se filtra dell'acqua da una parete, si dovrà procedere alle necessarie riparazioni, se c'è il rischio di cadute, si dovrà erigere un parapetto, se c'è gente intorno, ci si dovrà astenere dal lancio di sassi od altri oggetti pericolosi, e così via dicendo. In questi casi, peraltro, l'individuazione della regola cautelare, come emerge dagli stessi esempi ora formulati, potrà essere operata senza eccessive difficoltà. Più esattamente: la verifica del tipo di pericolo potrà certo richiedere delle valutazioni circa la causa e l'entità dello stesso; così, nel primo esempio considerato, si dovrà stabilire se un tubo si è rotto, se l'acqua filtra dal tetto, se la grondaia si è deteriorata, etc. E tuttavia, una volta stabilita l'origine del guasto, la misura volta a "prevenire" possibili danni sarà per lo più vincolata ad un percorso obbligato: la riparazione, cioè, di quella parte dell'edificio in cui si è verificata la perdita d'acqua.

Ma si consideri adesso l'attività medico-chirurgica. Anzitutto, di fronte a chiunque accusi uno stato di malessere, si aprirà subito lo scenario, non sempre agevole da decifrare, inerente alla "diagnosi" del tipo di malattia all'origine dei sintomi osservati; come dimostra il quadro offerto dalla prassi medica, l'indagine da compiere al riguardo può invero comportare notevoli incertezze e legittimare le più

diverse supposizioni, tanto da far apparire a molti censurabile il rigore di certa giurisprudenza nell'affermare *ex post* una responsabilità per colpa, quando, *ex ante*, fosse pressoché impossibile definire la natura della patologia e farne seguire i rimedi più appropriati.

Si ipotizzi, nondimeno, che la diagnosi sia stata correttamente formulata. A questo punto, ed anche ammesso che il tipo di affezione — ad es., un'ulcera — rientri in un quadro nosografico sufficientemente consolidato, tutt'altro che agevole potrà rivelarsi, nondimeno, l'individuazione della terapia più adatta ad estirpare quell'ulcera. Qualora, ad es., le condizioni generali del paziente facciano apparire rischiosa un'eventuale soluzione di tipo chirurgico, si dovrebbe allora optare per una differente scelta terapeutica: ma se, ad es., un certo tipo di farmaco, pur da tempo sperimentato, fosse tale da poter favorire, rispetto a quel paziente, il manifestarsi di reazioni di tipo allergico? E se, viceversa, un altro tipo di prodotto, il quale pur escluda tali complicazioni, si rivelasse non altrettanto efficace per curare quell'ulcera? Non sarebbe allora preferibile — nonostante ciò possa comportare ulteriori ritardi — sentire il parere di altri specialisti competenti nel ramo? E che fare, se questi consigliassero invece, pur tra mille titubanze, il ricorso all'intervento chirurgico?

Quanto detto dovrebbe già bastare a cogliere il senso più profondo dell'intera problematica: ossia, a ben guardare, la circostanza in base alla quale le regole cautelari in materia, non soltanto presentano difficoltà nella fase della verifica e della "valutazione", ma anche in quella, più strettamente "modale" ed operativa, della scelta del percorso terapeutico; tali regole, si può ben dirlo, pur collocandosi (anch'esse) su di un piano "strumentale" rispetto all'obiettivo perseguito, si rivelano, dato l'ampio

'ventaglio' delle soluzioni prospettabili, necessariamente caratterizzate da una *strumentalità alternativa*, ossia non riducibile ad una sola opzione (o a un novero limitato di scelte), come accade invece negli altri settori precedentemente considerati. Ecco dunque spiegato l'atteggiamento di forte sospetto con cui a tutt'oggi si guarda alle indicazioni contenute nelle c.d. 'linee-guida' (pur elaborate da associazioni professionali di riconosciuto prestigio):³³ tali indicazioni, per quanto fondate su acquisizioni scientifico-sperimentali meritevoli di attenta considerazione, non saranno, invero —di fronte all'estrema varietà dei casi clinici— in nessun caso idonee a tradursi in un percorso vincolante, per ciò stesso in grado di esentare da responsabilità il medico che vi si sia uniformato.

Ma ecco anche spiegato come la pur tendenziale classificazione —da tempo in uso nel settore penalistico— in distinti "agenti-modello" ai fini della valutazione della colpa si dimostri non sempre decisiva per definirne il concreto ambito applicativo riguardo all'esercizio della professione medica. Invero, a parte la considerazione che perfino ruoli professionali "tipologicamente" diversificati (si pensi, da un lato, ad uno specialista in ortopedia, dall'altro ad un esperto in malattie uro-genitali) tendono ad avvicinarsi tra loro quanto meno nella fase della "diagnosi" della specifica patologia (nell'esempio fatto, l'ortopedico dovrà pur valutare se determinati sintomi fossero veramente indicativi di un problema di sua competenza...), resta soprattutto da osservare che il "modello" di riferimento per il giudizio di

³³ In tema v. ancora F. Palazzo, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, cit., p. 1064, nonché R. Bartoli, *Paradigmi*, cit., pp. 117 ss.; M. Caputo, "Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 1 ss.; A. Di Landro, *Linee-guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, cc. 424 ss. (in riferimento a Cass., sez. IV, 23.11.2010, n. 8254, *ivi*, cc. 416 ss.); P. Piras - A. Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina*, cit., pp. 286 ss.

colpa deve fare i conti proprio con lo scenario problematico che si è cercato poc'anzi di delineare.

La giurisprudenza in materia, pur ispirandosi talvolta —come si è poc'anzi osservato— a valutazioni di eccessivo rigore (sia rispetto alla diagnosi, che alle scelte in fase di terapia) è destinata, ciò nondimeno, ad offrire una significativa conferma di quanto siamo andati osservando. Frequente è invero l'addebito in base al quale il medico *avrebbe potuto* eseguire ulteriori accertamenti, *avrebbe potuto* domandarsi se l'"ambiguità" del quadro clinico non suggerisse il parere di un altro specialista, *avrebbe potuto* rendersi conto che era necessario il prolungamento della degenza, *avrebbe potuto* essere più "prudente" nella scelta della terapia, *avrebbe potuto* evitare di aggravare la condizione del paziente mediante un intervento meno "invasivo", *avrebbe potuto*, già *in apicibus*, "aggiornarsi" maggiormente circa determinate acquisizioni tecnico-scientifiche tali offrirgli maggiori possibilità di "successo".³⁴

In un quadro del genere, si può allora comprendere più chiaramente il motivo per il quale una parte della dottrina e della giurisprudenza abbia sentito invece la necessità di fare ricorso, nel sindacare la responsabilità del sanitario, a dei parametri di valutazione ispirati ad una maggiore "benevolenza", desumendoli, in forma più o meno esplicita, dall'art. 2236 del codice civile, in base al quale, "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se

³⁴ Si vedano le non rare pronunce riportate in *Il diritto penale della medicina*, cit., pp. 150 ss.; in proposito, con esame accurato di non poche di esse, ed evidenziando, assieme ad alcuni significativi progressi, il perdurare tuttora di eccessi sul piano repressivo, v. l'approfondito studio di D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina*, cit., spec. pp. 256 ss.. In argomento v. pure V. Attili, *L'agente-modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1242 ss.

non in caso di dolo o di *colpa grave*.³⁵ Una soluzione che ha ricevuto, in effetti, un avallo particolarmente autorevole ad opera della Corte costituzionale (nella sentenza del 28 novembre 1973, n. 166),³⁶ la quale ha avuto modo di osservare che, se è vero che, trattandosi di regole di doverosa "prudenza" e "diligenza", il professionista è imputabile alla stregua di un criterio "comune" di colpa (si pensi all'obbligo di eseguire un'operazione con strumenti previamente sterilizzati o di non somministrare una certa medicina senza aver visitato attentamente il paziente), non è men vero che, laddove si tratti invece di impiegare le proprie doti di "perizia" di fronte a situazioni più incerte ed opinabili, al medico non potrà addebitarsi qualsivoglia insuccesso od insufficienza delle cure prestate, pena il rischio di limitare in maniera intollerabile un'attività pur sempre rivolta alla tutela della salute: cosicché, in definitiva, si dovrebbe in tali casi fare applicazione proprio del criterio della "colpa grave", in modo da colpire le sole inosservanze che manifestino un'evidente carenza a livello professionale, e da escludere, viceversa, l'esistenza della colpa, laddove la misura della perizia richiesta si ponga al di là dei confini di un pur attento e coscienzioso esercizio dell'attività considerata.

³⁵ In merito a tale orientamento, cfr. il quadro tracciato da L. Risicato, *La colpa*, in *La legge penale, il reato, cit.*, pp. 222 s. In precedenza v. l'ampia panoramica di A.R. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 736 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi, cit.*, pp. 322 ss. Sul tema v., del resto, F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 622 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 535 ss., 547 ss.; L. Cornacchia, *Colpa incosciente e colpa lieve: le ragioni di una possibile delimitazione della responsabilità penale*, in G. A. De Francesco - E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 193 ss.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica, cit.*, pp. 187 ss.

³⁶ Vedila in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.

Ad avviso di alcuni autori, siffatte considerazioni sarebbero, utili, inoltre, per "gettare un ponte" sulla verifica inerente al c.d. momento "individualizzante" dell'addebito colposo,³⁷ ossia su quella "misura soggettiva" che, secondo una certa impostazione, dovrebbe ricondurre ad un ambito più limitato l'effettiva "rimproverabilità" di chi pure abbia operato in maniera "irregolare". Si tratta peraltro di una questione che resta a tutt'oggi —ed ancor più nello specifico settore della responsabilità medica— avvolta da incertezze e da perduranti profili di ambiguità. Essa oscilla, per vero, tra la valorizzazione di ulteriori "tipologie" e modelli di agente concepiti pur sempre secondo logiche relativamente "standardizzate" (ed in questo senso, il suo significato non sembra presentare una reale autonomia rispetto al quadro delle valutazioni con cui ci stiamo confrontando), e la considerazione di particolari circostanze —ad es., un'improvvisa crisi di stanchezza, una difficoltà inattesa tale generare uno stato di concitazione o di disorientamento, ed altre analoghe contingenze—³⁸ che

³⁷ V., in particolare, D. Castronuovo, *La colpa penale, cit.*, pp. 527 ss.; Id., *Evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1635 ss., 1643. Con diverse articolazioni sistematiche v. anche A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 233 ss. Sul problema dell'individualizzazione della colpa cfr., per tutti, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi, cit.*, pp. 79 ss.; G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella, cit.*, pp. 668 ss.; F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria, cit.*, pp. 107 ss.; A. Massaro, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, Roma, 2011, pp. 160 ss. In precedenza v. l'analisi problematica dell'argomento contenuta nell'importante indagine di G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 188 ss.

³⁸ Cfr. F. Palazzo, *op. cit.*, pp. 1065; nonché D. Castronuovo, *La colpa, cit.*, pp. 577 ss., 599 ss. Peculiarità differenziali sembrano invece presentare le situazioni di "urgenza", dalle quali derivi un incremento dei rischi collegati all'intervento medico: sul punto, cfr. i rilievi di R. Blaiotta, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano, cit.*, pp. 774 ss.

appaiono, non soltanto statisticamente marginali, ma anche non sempre idonee (si pensi ad un'eccessiva stanchezza, solitamente prevedibile e quindi anche fronteggiabile) a giustificare l'esenzione da responsabilità.

9. VERSO UN COORDINAMENTO TRA DOVERI DI GARANZIA E PRECETTI CAUTELARI: LA "SPECIALIZZAZIONE" DEI SAPERI E DEI RUOLI DEI PARTECIPANTI ALLA VICENDA TERAPEUTICA

Al di là di simili discussioni e sviluppi ulteriori, va piuttosto osservato come la tendenza generale ora ricordata, nonostante lo sforzo in direzione di una maggiore "personalizzazione" del giudizio di colpa, esiga in ogni caso di venire sottoposta ad una valutazione critica più penetrante. In effetti, di fronte al rilievo attribuito (dalla stessa Costituzione) al bene della salute —e, correlativamente, al "rango" e all'importanza della "missione" affidata a chi se ne sia reso garante— l'idea che si possa andare impuniti quando era pur sempre possibile approfondire, estendere, "completare" l'analisi del quadro clinico o di orientarsi verso più efficaci soluzioni terapeutiche non può non destare alcune comprensibili riserve. Il fatto è che, all'interno del "settore" devoluto alle competenze del singolo professionista, questi sarà necessariamente tenuto ad esperire ogni tentativo —se non di "impedire" il verificarsi dell'evento— quanto meno di accrescere nella massima misura possibile le *chances* di un miglioramento delle condizioni del paziente.

Quel che resta problematico è, piuttosto, l'assunto in base al quale sul medico dovrebbe gravare una sorta di responsabilità "a tutto campo", per così dire, come tale difficilmente compatibile, sia con l'inevitabile "specializzazione" di saperi che domina l'attuale realtà professiona-

le, sia anche —come dimostrano numerose vicende giudiziarie— con la difficoltà "pratica" di seguire dall'inizio alla fine l'intera vicenda di ogni singolo paziente, come pure quella di "controllare" ripetutamente (fino ai limiti del parossismo) l'operato di terzi, di ridiscuterne le scelte, di "tornare" eventualmente sulle proprie decisioni (con il rischio, tra l'altro, di rinviare interventi già predisposti, malgrado le "evidenze disponibili" non ne escludano manifestamente la convenienza): quasi a coltivare una sorta di "dubbio sistematico" (e non già "metodico", secondo il modello cartesiano), il quale, nei suoi esiti estremi, potrebbe addirittura rivelarsi paralizzante.

Se è pur vero, in altri termini, che l'organismo del paziente rappresenta un'entità unitaria ed "olistica", per così dire —come tale caratterizzata da reciproche influenze ed interazioni tra le componenti che presiedono al suo complessivo funzionamento— non è men vero, tuttavia, che proprio la progressiva articolazione delle conoscenze e delle competenze operative all'interno della "classe medica" impone oggi di guardare con maggiore realismo ad una più netta "suddivisione" di compiti e di incombenze già di per se stessi gravati (complici gli stessi progressi della scienza) da un livello di complessità particolarmente elevato.

Per essere più espliciti: in primo luogo, non è ammissibile che al medico possa venire comunque attribuita —come attenta dottrina non ha mancato di rilevare, "interpretando" in tal modo il senso e la portata dello stesso criterio della "colpa grave"—³⁹ la responsabilità dell'intera vicenda terapeutica; in secondo luogo, ciò non esclude affatto (ma anzi sollecita ulteriormente) un "dialogo" tra i singoli operatori (ivi incluse le "segnalazioni" ed i "controlli" nei rapporti gerarchici all'interno delle strutture),

³⁹ Davvero perspicue le osservazioni di P. Veneziani, *I delitti*, cit., pp. 330 ss.

pena altrimenti il venir meno di quel coordinamento tra informazioni, valutazioni, percorsi (anche "in comune") da sviluppare per condurre a buon fine il complessivo iter trattamentale;⁴⁰ in terzo luogo, e a mo' di "sintesi", per così dire, di entrambe le esigenze ora delineate, si deve tuttavia rimarcare con forza come, nel rispettivo ramo di competenze, l'"ultima parola" debba comunque spettare a chi deve ritenersi specificamente responsabile della singola "fase" di quel percorso, in modo da evitare di porre a carico degli altri (pur quando si tratti di soggetti "nel proprio campo" espertissimi) un'ulteriore responsabilità per non aver "fatto il possibile" al fine di assicurare per altra via un esito positivo dell'intervento. Ed anche quando, tra soggetti egualmente "versati" in una certa disciplina, l'uno abbia affidato all'altro l'esecuzione di un determinato compito —ad es., l'effettuazione di una diagnosi— sembra irragionevole ammettere una responsabilità del primo soggetto per non avere, in ipotesi, ripetuto quell'accertamento, quando non v'era motivo di sospettare un'eventuale inadempienza del soggetto affidatario.

Tutto sembra convergere, insomma, verso una conclusione, che, a questo punto, pur nella consapevolezza delle difficoltà e delle insidie che la materia presenta, parrebbe quella maggiormente in linea con le problematiche della responsabilità colposa nel settore medico-chirurgico. In altre parole: il "senso" stesso di tale addebito soggettivo sembra porsi, a ben guardare, quale sviluppo ed "integrazione", per così dire, della stessa valenza attribuita al correlativo dovere di garanzia⁴¹: il "ruolo" del medico si proietta, bensì, verso quel livello "massimo" richiesto dal dovere di tutela della salute; si esprime, inoltre, a livello di contenuti

⁴⁰ Cfr. ancora P. Veneziani, *I delitti*, cit., pp. 330 s.

⁴¹ Coglie bene tale profilo D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 251.

—e nei limiti, beninteso, delle sole cognizioni ex ante disponibili— nell'esperire le diverse possibilità insite nella tipica "strumentalità alternativa" propria delle regole cautelari; ma esso, pur tuttavia, non può estendersi oltre l'ambito "funzionalmente" connesso a quel ruolo, sì da impedire che la stessa colpa venga caricata di una pretesa eccedente l'ambito del "personale" coinvolgimento del singolo operatore, quale risulta collegato (e concretamente devoluto) alla sua specifica esperienza e competenza all'interno del percorso terapeutico.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Fondamento giustificativo dell'atto medico, posizione di garanzia, consenso informato e trattamento arbitrario:

PULITANÒ D., *L'attività terapeutica*, in *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2011, 35.

Causalità in medicina e causalità omissiva:

BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio"*. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 32.

ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 891.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

In tema di colpa (con particolare riferimento all'attività medica):

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 110.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

Causalità e colpa in contesti plurisoggettivi (responsabilità d'équipe, principio di affidamento):

GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani, Pisa, 2009, 209.

VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 477.

VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 1629.

In genere sulla responsabilità penale del medico:

AAVV, *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani, Pisa, 2009.

AAVV, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010.

F. GIUNTA – G. LUBINU – D. MICHELETTI – P. PICCIALI – P. PIRAS – C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011.