



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PENALE
ITALIANO COMPARATO INTERNAZIONALE

Ciclo: XXIV

CERTEZZA SCIENTIFICA E CERTEZZA PROCESSUALE
NELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO

Relatore:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANÒ

Tesi di dottorato di:
Elio GIANNANGELI
Matricola n. R08276

Ancora, e per sempre, ad Arturo

INDICE

INTRODUZIONE

PARTE I

CAPITOLO I

IL RAPPORTO DI TENSIONE TRA LA CERTEZZA A CUI *DEVE* AMBIRE IL DIRITTO PENALE E LA CERTEZZA A CUI *PUÒ* ASPIRARE LA SCIENZA

- 1. La problematica definizione della certezza scientifica**
 - 1.1. Le leggi scientifiche disponibili**
 - 1.2. Il metodo di accertamento del fatto: le ragioni del definitivo abbandono dell'approccio nomologico deduttivo**
- 2. Le ripercussioni processuali della incertezza scientifica: la concezione della certezza c.d. di grado inferiore**
- 3. Le ripercussioni processuali della incertezza scientifica: la concezione della certezza c.d. assoluta**
- 4. La emancipazione della certezza processuale dalla certezza scientifica: la nuova concezione della certezza logica coniata dalla storica sentenza Francese**
- 5. Una prima importante conclusione: la certezza deve essere intesa necessariamente in senso processuale**
- 6. Certezza, spiegazione e previsione: breve accenno alla differenza tra giudizi esplicativi e predittivi**

PARTE II

CAPITOLO I

L'IMPIEGO DELLA NUOVA CERTEZZA PROCESSUALE NELL'ACCERTAMENTO CAUSALE: LE PERPLESSITÀ DELLA DOTTRINA

- 1. La obiezione terminologica di Federico Stella alla definizione del concetto di probabilità logica**
- 2. La obiezione al ruolo assolto dalle spiegazioni alternative**
- 3. La obiezione alla concezione unitaria del modello causale attivo e di quello omissivo**
 - 3.1. La posizione dottrinale di Roberto Bartoli**
 - 3.2. La posizione dottrinale di Francesco Viganò**
- 4. Le possibili repliche alle critiche della dottrina**
 - 4.1. Replica alla prima critica**
 - 4.2. Replica alla seconda critica**
 - 4.3. Replica alla critica di Roberto Bartoli**
 - 4.4. Replica alla critica di Francesco Viganò**
 - 4.4.1. Prima considerazione**
 - 4.4.2. Seconda considerazione**
 - 4.4.3. Terza considerazione**
- 5. Conclusioni**

PARTE III

CAPITOLO I

LE IMPLICAZIONI DELLE INCERTEZZE SCIENTIFICHE NEL PARADIGMA DELLA COLPA MEDICA: LA INADEGUATEZZA DELLA CERTEZZA PROCESSUALE NELLA SOLUZIONE DELLE APORIE SOSTANZIALI DEL TIPO COLPOSO

- 1. L'instabile fondamento scientifico del processo decisionale clinico e le sue conseguenze sul piano penale**
- 2. La problematica individuazione del parametro comportamentale**
- 3. L'agente modello nei contesti di incertezza scientifica: limiti di un parametro anacronistico**
 - 3.1. La evanescente definizione del parametro di diligenza**
 - 3.1.1. Il rapporto di tensione tra il parametro dell'agente modello e l'approccio precauzionale di matrice giurisprudenziale: la problematica definizione delle *conoscenze pretese* in capo al soggetto agente.**
 - 3.1.2. Il rapporto di tensione tra il parametro dell'agente modello e l'approccio precauzionale di matrice giurisprudenziale: la problematica definizione della *prevedibilità dell'evento*.**
 - 3.1.3. Le conseguenze processuali dell'approccio precauzionale nella definizione della regola cautelare**
- 4. Considerazioni conclusive**

CAPITOLO II

1. La ricerca di parametri normativi positivi come possibile alternativa all'agente modello
 - 1.1. Le regole cautelari positive
 - 1.2. Linee guida e protocolli
 - 1.2.1. Le linee guida
 - 1.2.2. I protocolli e le *checklist*
2. Regole cautelari positive e discipline ex art. 43 c.p.: una problematica assimilazione
 - 2.1. La eterogeneità delle fonti di produzione delle linee guida
 - 2.2. La eterogeneità degli scopi perseguiti dalle linee guida
 - 2.3. La problematica delimitazione della efficacia temporale delle linee guida
 - 2.4. La portata cautelare solo relativa delle linee guida
 - 2.5. La natura "speciale" dell'errore contemplato da protocolli e *checklist*
3. Considerazioni conclusive in merito ai limiti delle regole cautelari positive
4. Il ruolo secondario attribuito dalla giurisprudenza alle regole cautelari positive nella definizione del parametro comportamentale
5. Critica all'impostazione giurisprudenziale: la necessità di un ruolo prevalente delle fonti positive nel *mare magnum* e indefinito delle *leges artis*
6. La riforma legislativa di cui alla l. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3 c. I
7. La colpa grave
 - 7.1. La colpa grave e la problematica individuazione di un criterio idoneo a distinguerla dalla colpa lieve
8. Prima critica alla impostazione della riforma: la convivenza di due ipotesi di responsabilità medica penalmente rilevanti e distinte in base alla gravità dell'errore

- 9. Seconda critica all'impostazione della riforma: la scelta di individuare nelle fonti positive il criterio per selezionare l'area penalmente rilevante dell'errore**
- 10. Considerazioni conclusive e possibile soluzione alternativa**
 - 10.1. La colpa grave come unico criterio di delimitazione dell'area penalmente rilevante della responsabilità medica**
 - 10.2. La presunzione relativa di diligenza**
 - 10.3. L'inversione dell'onere della prova nella indicazione delle ragioni a sostegno della inadeguatezza della regola cautelare utilizzata**
- 11. Sintesi conclusiva**

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di analizzare le problematiche sottese all'accertamento della responsabilità penale colposa del medico, con particolare riferimento al rapporto di tensione esistente tra le esigenze di stretta legalità ed il carattere aperto del tipo colposo¹, nonché – in stretta connessione – tra il principio di determinatezza ed i limiti del sapere scientifico.

Si tratta, come è evidente, di tematiche classiche del diritto penale, che però in campo medico si manifestano in tutta la loro drammaticità per le immediate ripercussioni pratiche che determinano: la indisponibilità di un parametro normativo realmente utile a informare *preventivamente* di contenuto cautelare il precetto colposo, unita alla incertezza del sapere scientifico impiegato *successivamente* per condurre l'accertamento processuale, attribuiscono infatti al giudice la funzione – legislativa – di tipizzare il fatto di reato senza gli strumenti per valutarne poi la sussistenza.

Nell'ambito del giudizio causale sono proliferate in dottrina molteplici elaborazioni finalizzate a definire il ruolo della scienza nell'accertamento del fatto e riconducibili, nonostante le differenze anche profonde tra le varie posizioni, in due macro orientamenti: il primo, ispirato ad una concezione del diritto emancipata dalla scienza, rinuncia ad ancorare l'accertamento della responsabilità colposa esclusivamente alla prova scientifica e ammette nel patrimonio delle informazioni utili a fondare il giudizio di responsabilità anche elementi ulteriori di carattere logico o inferenziale, purché saldamente fondati sulle prove acquisite in giudizio per rendere intellegibile e condivisibile l'intero *iter* argomentativo; il secondo, invece, ancora l'intero accertamento del fatto al sapere scientifico riconoscendone i limiti; di conseguenza, negli ambiti in cui si ritiene che la scienza permetta di raggiungere risultati affidabili, si prospetta un modello di tipo colposo idoneo ad attingere ad un modello di certezza assoluta o sostanziale. Là dove invece il sapere scientifico

¹ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 167 ss.

mostra i suoi limiti o necessita di essere integrato da valutazioni di carattere logico, si ritiene più opportuno sostituire alla certezza sostanziale una certezza di grado inferiore oppure, e più coerentemente, un parametro meramente probabilistico.

Come è evidente, le conseguenze che discendono dall'adesione al modello logico o al modello scientifico sono pressoché opposte: aderendo alla prima impostazione, infatti, è necessario e sufficiente che la valutazione soddisfi il canone della certezza *processuale* e dunque prospetti risultati attendibili *al di là di ogni ragionevole dubbio*. In questo modo, il peso della responsabilità dell'accertamento si sposta integralmente sull'organo accertatore, chiamato a giustificare le proprie convinzioni sulla base di considerazioni in cui i dati scientifici potranno servire come argomento utile *tra gli altri* a motivare il suo convincimento.

Il rischio evidente, e già riscontrato in alcune pronunce, è che a quest'opera di meticolosa selezione degli argomenti scientifici o logici realmente utili a fondare la decisione, si preferiscano assunti insuscettibili di essere sottoposti al vaglio critico.

Il modello contemplato dalla seconda impostazione, e finalizzato proprio a scongiurare questo genere di derive giurisprudenziali, impone al giudice di *"scientificizzare completamente l'imputazione giuridica"*².

Come è intuibile, i modelli causali che derivano dall'adesione alla concezione della certezza processuale o a quella della certezza scientifica sono profondamente diversi.

² L'espressione è di 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 *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 2, p. 494. Particolarmente interessanti le osservazioni che seguono e di cui si ritiene opportuno riportare alcuni passaggi: *"Questa antica e poi rinnovata opposizione (scienza/non scienza, verità-certezza/opinione-fallacia) è stata trasferita, tra i penalisti del Novecento, prima nel positivismo criminologico col tentativo di "scientificizzare" completamente l'imputazione giuridica sulle basi di scienze descrittive o presunte tali (criminologia, antropologia, sociologia), e poi, superata quella fase, dal piano epistemologico a quello delle garanzie: occorre fondare alcune categorie giuridiche, a cominciare dalla causalità, per poi passare al pericolo e alla colpa, sulle radici più solide del sapere scientifico rappresentato, a seconda dei casi, per la causalità da "leggi universali" o da leggi statistiche dal coefficiente vicino a 1, cioè al 100%, che offrirono comunque parametri di credibilità razionale o statistica confinanti con la certezza (20); oppure, per il pericolo, su parametri di pericolo davvero 'oggettivo' e dunque a base totale da accertarsi ex post(21), ovvero, per la colpa, sulla predeterminazione legale e obiettiva del rischio e delle cautele la cui osservanza lo neutralizza in modo esigibile, abbandonando momenti meramente "psicologici" della colpa dove sia il singolo a dovere attivare il proprio cervello per reagire ai pericoli: se la scienza predetermina le cautele, il cittadino può limitarsi ad "obbedire" alle regole cautelari da altri già pensate e predisposte e, soprattutto, è "libero" una volta che le ha osservate; per guadagnarsi questa libertà, peraltro, si dovrà sottoporre a discipline così anticipate che prevedono rischi che neppure avrebbe mai potuto immaginare nella sua primitiva psicologia. È questo il modello, o il mito, della certezza scientifica come base della certezza giuridica, garante dello stesso valore tassativo delle corrispondenti categorie normative"*.

Mentre infatti la prima posizione, sottolineando la natura *logica e condizionalistica* del nesso, concepisce un unico e sostanzialmente omogeneo modello di accertamento, la seconda posizione distingue nettamente due modelli a seconda della natura attiva oppure omissiva della condotta: nel caso in cui la condotta sia attiva, si ritiene che la sua dimensione ontologica, reale, fenomenica permetta di essere accertata e spiegata in termini scientifici e di raggiungere dunque risultati apprezzabili in termini di certezza assoluta o sostanziale. Nel caso in cui la condotta sia omissiva, invece, si teorizza un modello di certezza “inferiore” oppure si rinuncia *in toto* all'accertamento del nesso per la natura eminentemente logica che il procedimento valutativo assume in quest'ambito.

Nonostante il dibattito dottrinale si sia sviluppato prevalentemente in tema di causalità, dando origine ai differenti orientamenti sopra esaminati, i problemi più complessi che l'incertezza scientifica genera nella responsabilità penale del medico si riscontrano però, quantomeno a parere di chi scrive, in tema di colpa.

Come accennato, infatti, la pratica indisponibilità di norme scientificamente certe, e dunque idonee ad informare di contenuto cautelare il precetto colposo, precipita il medico nella condizione di non sapere quale sia la condotta che l'ordinamento gli prescrive per evitare di incorrere nella sanzione penale.

Il problema, in altri termini, si sposta dalla relazione tra legge scientifica ed accertamento del fatto, alla relazione tra legge scientifica e fatto tipico.

Sul punto, il legisaltore è recentemente intervenuto valorizzando le fonti positive disponibili in materia. Come noto, infatti, la legge 8 novembre 2012 n. 189 ha stabilito all'art. 3, c. I, che *“l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*.

La norma, come si vedrà diffusamente nell'ultima parte del presente lavoro, deve essere indubbiamente apprezzata per l'obiettivo perseguito e consistente nell'esplicito riconoscimento alle fonti positive di un valore prioritario nella valutazione della colpa medica rispetto agli altri elementi valutativi disponibili e contribuenti, tutti considerati, a rendere estremamente incerto l'accertamento.

Se questo è vero, però, è altrettanto vero che la disposizione, così come formulata, rischia forse di generare più problemi di quanti volesse risolverne, perché pare

condizionare la delimitazione della responsabilità medica alla colpa grave nel solo caso in cui il medico si sia conformato a linee guida e *best practices*.

Se questa dovesse essere l'interpretazione della giurisprudenza, il medico sarebbe sempre indotto a preferire di conformarsi alle fonti positive per l'automatica delimitazione della sua responsabilità ai soli casi di colpa grave, anziché scegliere più coraggiosamente di discostarsene con il rischio di rispondere anche per colpa lieve.

Nel presente lavoro di cercherà di analizzare preliminarmente il ruolo effettivamente svolto dalla scienza nell'ambito della responsabilità medica ed il grado di certezza che è in grado di offrire, dedicando la seconda parte alle ripercussioni del dibattito nell'ambito della causalità e la terza ed ultima parte al rapporto tra incertezza scientifica e colpa.

Lo scopo, lo si anticipa sin d'ora, è quello di sottolineare come, a parere di chi scrive, un ancoraggio troppo rigoroso dell'accertamento penale al sapere scientifico rischia di produrre più svantaggi che vantaggi in entrambi gli ambiti della causalità e della colpa: vincolando il giudice alle sole conoscenze scientifiche disponibili per escludere possibili arbitri giurisprudenziali, infatti, si sposta inesorabilmente la soglia della rilevanza penale dalle condotte probabilmente lesive a quelle certamente solo rischiose, con le conseguenti, ed intuibili, ricadute non solo teoriche ma soprattutto pratiche³.

Se infatti la c.d. medicina difensiva è nata per evitare la possibilità di incorrere in sentenze di condanna fondate su valutazioni difficilmente prevedibili o condivisibili, la istituzionalizzazione del mero rischio per fondare il giudizio di responsabilità penale legittima a tutti gli effetti il medico a ricorrere alla medicina difensiva non più come soluzione estrema per rispondere ad una situazione patologica, ma come rimedio tipico al rischio fisiologico di una incriminazione.

Inoltre, una soluzione del genere dimentica che la possibilità che il ricorso alle prove logiche celi decisioni apodittiche ed arbitrarie rappresenta il primo e principale problema di qualunque processo penale, a prescindere dal reato contestato e dall'ambito del suo accertamento.

³ *Ibidem*, p. 1188.

Istituire dunque un sistema di accertamento autonomo per la responsabilità medica fondato sulla idoneità del mero rischio a sostenere il giudizio di imputazione, non troverebbe alcuna giustificazione, dal momento che l'accertamento della responsabilità medica non rivela problematiche di diritto sostanziale più complesse rispetto a quelle di qualsiasi altro ambito. Piuttosto, rende marcatamente evidenti le tensioni tipiche di ogni accertamento processuale tra la certezza cui deve tendere la valutazione giudiziale e le scarsa affidabilità degli strumenti probatori a disposizione.

PARTE I

CAPITOLO 1

IL RAPPORTO DI TENSIONE TRA LA CERTEZZA A CUI *DEVE* AMBIRE IL DIRITTO PENALE E LA CERTEZZA A CUI *PUÒ* ASPIRARE LA SCIENZA

Come detto, a parere di chi scrive la causa ultima delle profonde differenze, soprattutto dottrinali, riscontrate nelle elaborazioni formulate nell'ambito della responsabilità medica è da ascrivere in via principale al concetto di certezza adottato nell'analisi⁴: certezza *scientifica* – a sua volta scomposta in certezza assoluta e certezza di grado inferiore – e certezza *processuale*.

Vediamole in dettaglio.

1. LA PROBLEMATICHE DEFINIZIONE DELLA CERTEZZA SCIENTIFICA

Per potersi orientare nello studio dei problemi che rendono così complesso il dibattito in materia, è necessario premettere alcune considerazioni relative ai due

⁴ Cfr. sul punto R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188 e R. BARTOLI, *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 di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010 e P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1970 ss.

connotati scientifici che caratterizzano l'accertamento della responsabilità penale del medico: le *leggi scientifiche* ed il *metodo di valutazione dei dati fattuali*.

1.1. LE LEGGI SCIENTIFICHE DISPONIBILI

Per quanto riguarda le prime, deve essere chiarito definitivamente che la scienza non è pressoché mai in grado di offrire leggi universali o dotate di un coefficiente probabilistico talmente elevato da essere prossimo a cento⁵. Questo significa che, nella stragrande maggioranza dei casi, il ricorso alla legge scientifica per potere inferire una regolarità causale tra una classe di condizioni ed una classe di eventi conduce, isolatamente considerato, pressoché inesorabilmente a risultati molto incerti. Come è stato chiaramente spiegato anche nella più recente dottrina, *“una causalità basata su leggi scientifiche di tipo universale sembra offrire il massimo della certezza esplicativa, ma rispetto a fatti della vita reale (e giuridica) ogni spiegazione causale è inserita in un complesso di condizioni (positive e negative-impeditive) la cui ricostruzione congiunta rende la struttura epistemologica della spiegazione per nulla universale, ma probabilistica. La caratteristica principale dell'uso di leggi esplicative dei fenomeni storici, infatti, è che per quanto vere siano le premesse, esse non sono mai universali, non potendosi davvero ‘prevedere’ le conseguenze nella forma di legge ‘necessaria’ come quando si prevede la dilatazione di un metallo sottoposto a fonte di calore. Anche conoscendo il quadro completo delle condizioni implicitamente descritto con la formula ‘ceteris paribus’, non possiamo dire che le condotte storiche siano necessitate. In generale, poi, non conosciamo tutte le condizioni, cioè le condizioni ‘sufficienti’ per spiegare il risultato, e ci accontentiamo, nella storia come nel diritto, di condizioni ‘necessarie’ (sine quibus non). Chi pretende leggi universali o leggi statistiche dal valore percentuale quasi uguale a 1 (100%), sembra esigere spiegazioni esaustive e dunque postula condizioni sufficienti e necessarie: l'esatto contrario della condicio sine qua*

⁵ Cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32.

non, che si accontenta realisticamente di sole condizioni necessarie, in un significato, come si vedrà, del tutto 'contingente'”⁶.

1.2. IL METODO DI ACCERTAMENTO DEL FATTO: LE RAGIONI DEL DEFINITIVO ABBANDONO DELL'APPROCCIO NOMOLOGICO DEDUTTIVO .

Per quanto riguarda il metodo di accertamento, vale a dire il secondo e spesso trascurato elemento che connota scientificamente l'indagine penale, è utile ricordare che compito del giudice non è la mera *ricognizione* delle condizioni che legittimano astrattamente il ricorso ad una legge scientifica, ma la *spiegazione* della fisiologia di un evento concreto, dal punto di vista causale, e la *prevedibilità* dell'evento per il soggetto agente al momento del fatto, dal punto di vista colposo.

Il dato, per quanto apparentemente scontato, risulta in realtà già da solo sufficiente a scartare dai possibili metodi di accertamento a disposizione del giudice quello di tipo nomologico deduttivo: quest'ultimo, infatti, si basa proprio su di una visione astratta e ideale dell'impiego delle leggi scientifiche, in quanto presuppone, per poter essere impiegato, che siano noti tutti gli antecedenti dell'evento o, per restare all'ambito medico, tutti gli anelli della catena eziologica dei fenomeni morbosi.

In un quadro siffatto, è evidente, il giudice si troverebbe nella condizione ideale di potere dominare tutte le informazioni che connotano il quadro causale e non dovrebbe dunque fare altro che calare nel caso concreto, integralmente noto, l'unica legge scientifica in grado di collegare *ciascuna* condizione all'evento, inferendone il nesso di causa con certezza assoluta ed in modo pressoché automatico.

La realtà, però, è molto diversa⁷: come è del resto intuibile, infatti, il giudice conosce solo una parte, spesso molto modesta, delle informazioni necessarie ad inferire un

⁶ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 496.

⁷ Come affermato da DI GIOVINE, “nell'uso penalistico dello schema nomologico deduttivo si annida un equivoco, e cioè una confusione tra *necessitas consequentis* e *necessitas consequentiae*. In altri termini si fa discendere dalla necessità della legge, da intendere come verità analitica della stessa, la necessità dell'evento. Necessità dell'evento che, per contro, è assai problematica, se non altro perché l'evento concreto occupa una porzione finita di tempo e di spazio”, DI GIOVINE, *Lo statuto*

nesso di causalità tra i fattori indagati e l'evento che si è effettivamente verificato⁸. Il suo lavoro, dunque, non consiste nella semplice ricognizione della legge scientifica utile a spiegare il fenomeno causale già integralmente noto, ma al contrario a raccogliere prima il maggior numero di informazioni disponibili su di esso – momento induttivo – per ipotizzare poi in via del tutto congetturale e dunque in base ad un ragionamento fondato sulla logica – momento abduttivo – quale potrebbe essere la spiegazione più plausibile e quali altre sarebbero invece da scartare⁹. Come è stato affermato, infatti, *“il processo penale, passaggio cruciale ed obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo*

epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 634 ss.

⁸ Cfr. sul punto R. BLAIOTTA, secondo cui *“per il filosofo del diritto e per il penalista teoretico, il rapporto causale si muove secondo un ragionamento deduttivo che parte da premesse certe e richiede quindi risposte sicure, considerazioni strettamente logiche, espressioni rigorose. Per il medico legale, invece, il ragionamento muove da un fatto concreto (evento) che consente di risalire, con rigore induttivo, al fenomeno che lo ha determinato (causa) che è per di più un momento intermedio d'ordine biologico nel quale occorre poi verificare l'incidenza del fattore di rilievo giuridico. Si tratta del metodo criteriologico: fondato su osservazioni di valore statistico e di alta probabilità, consta della raccolta di tutti i dati inerenti l'ambito biologico e risale ad ogni antecedente causale di un evento, sottolineandone altresì con puntuale chiarezza e discernimento i caratteri; specificando ove possibile se (ma non si chiedi in quale misura, ch'è quesito al di fuori di ogni logica) detti antecedenti, eventualmente con prevalenza o priorità biologicamente documentabili, abbiano o non concorso al realizzarsi dell'evento. È necessario abbandonare in altri termini la costante necessità di riferirsi a criteri di indole generale, aventi forza di assioma anche in situazioni che per loro stessa natura rifuggono da un rigido inquadramento normativo perseguendo, invece, analogamente ed in sincronia con la dottrina medico-legale, uno studio fenomenologico più affine all'empirismo che, fondandosi sul rilievo oggettivo dei fatti, consente di individuarne volta a volta l'essenza, la causa della rilevanza giuridica, in un costante proficuo intento collaborativo tra dottrine pratica, riportando il criterio alla realtà di ogni evenienza, così da studiare, finalmente, ogni incomprendimento tra due discipline che, pur con metro diverso, ma reciprocamente completandosi, perseguono la stessa finalità sociale”*, R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188.

⁹ Cfr. sul punto M. DONINI, secondo cui *“la realtà dell'accertamento processuale, nei settori più disparati, fa emergere con evidenza che la regola è costituita dall'impiego di leggi causali di tipo statistico. La stessa validità dell'accertamento in giudizio, pertanto, mantiene una forza conoscitiva soltanto probabilistica (probabilità logica, credibilità razionale, certezza induttiva), e non la forza logica di una proposizione analitico-deduttiva fondata su premesse vere (verità deduttiva). Ciò che avvicina il valore della stessa perizia sulla causalità al significato epistemologico della ricostruzione storica (28): e che il giudice compia molti accertamenti comuni allo storico - si pensi al ventaglio amplissimo delle ipotesi di causalità psichica - questo lo sa da sempre e non costituisce certo una "scoperta" delle correnti neopositivistiche sulla base delle cui ricerche anche i giuristi hanno valorizzato il significato "probabilistico" della spiegazione causale”*, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit.

dell'"abduzione"), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento "deduttivo", da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse"¹⁰.

Al modello nomologico deduttivo tipico delle scienze pure e fondato sulla trasposizione automatica della legge entro l'intima struttura di una specifica spiegazione causale in cui tutti i fattori in gioco sono integralmente dominati, dunque, il giudice penale deve preferire un metodo di procedere congetturale, probabilistico, fondato sulla preliminare indagine storica del caso concreto finalizzata al reperimento del maggior numero di informazioni possibili tra quelle disponibili ed alla successiva selezione della legge scientifica più idonea a renderle tutte coerenti.

Il confronto tra le informazioni acquisite e le leggi scientifiche a disposizione rappresenta dunque l'unico strumento a disposizione per potere distinguere la validità di una ipotesi eziologica rispetto alle altre astrattamente formulabili.

Entro questo quadro, come è intuibile, non riveste decisivo rilievo che la generalizzazione esprima una relazione immancabile tra la condizione e l'evento o invece solo una relazione di tipo probabilistico: la distinzione tra leggi universali e leggi solo probabilistiche non è pertinente, giacché ambedue possono essere poste alla base della spiegazione di un evento solo all'esito del ragionamento congetturale. Dopo avere valutato, cioè, se gli elementi assunti in concreto possano permettere di ipotizzare la sussumibilità del caso nella spiegazione offerta da una legge piuttosto che da un'altra, a prescindere dalla stabilità offerta da ciascuna nella relazione tra quella condizione e quell'evento. In altri termini, *"le relazioni numeriche devono essere vagliate con approccio scientifico proprio per stornare il pericolo che fattori di confondimento conducano a conclusioni erranee quanto all'esistenza della relazione causale"*¹¹.

Le due premesse appena evidenziate permettono di sgombrare il campo da alcuni equivoci in cui, a parere di chi scrive, è incorsa e incorre tuttora una parte della dottrina e della giurisprudenza proprio in merito ai criteri di determinazione e di

¹⁰ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, in *Cass.pen.*, 2002, 1224, p. 3643 ss.

¹¹ R. Blaiotta, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188.

apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale e che hanno condotto alla elaborazione delle due distinte concezioni della certezza c.d. assoluta e della certezza c.d. di grado inferiore.

2. LE RIPERCUSSIONI PROCESSUALI DELLA INCERTEZZA SCIENTIFICA: LA CONCEZIONE DELLA CERTEZZA C.D. DI GRADO INFERIORE

La concezione della certezza c.d. di grado inferiore, invalsa in un orientamento giurisprudenziale divenuto nettamente maggioritario¹² verso la fine del ventesimo secolo, è stata elaborata per soddisfare l'esigenza politico criminale di tutelare i beni giuridici di rango primario coinvolti nell'esercizio dell'attività medica nonostante la scarsità di strumenti scientifici idonei a fornire risposte certe in materia: *“quando è in gioco la vita umana – si è infatti sancito in alcune pronunce relative a condotte omissive – ai fini dell'imputazione dell'evento lesivo al medico sarebbero sufficienti serie e apprezzabili possibilità di salvezza”*¹³; e ancora: *“nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti, nel senso che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata”*¹⁴.

¹² Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

¹³ Cfr. a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen. Sez. IV, 7.1.1983, Melis, cit; Cass. Pen. Sez. IV, 2.4.1987, Ziliotto, cit; Cass. Pen. Sez. IV, 7.3.1989, Prinzivalli, rv. 181334; Cass. Pen. Sez. IV, 5.6.1990, Pasolini, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 13.6.1990, D'Erme, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 18.10.1990, Oria, cit.; Cass. Pen., 12.7.1991, Silvestri, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 23.3.1993, De Donato, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 30.4.1993, De Giovanni, cit.; Cass. Pen., 11.11.1994, Presta, cit. In dottrina, invece, cfr. G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa, in Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010.

¹⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 7.1.1983, Melis, cit. Il criterio della probabilità ha trovato applicazione in numerose sentenze successive. Nella già citata sentenza Ziliotto del 1987 ad esempio, si sono richiamati i principi statuiti nella sentenza Melis, richiedendosi quindi una sostituzione del criterio della certezza con quello probabilistico. Quest'orientamento ha consentito la condanna del pediatra di una bambina, il quale, non essendo accorso tempestivamente in ospedale, ha determinato la morte della piccola. La Corte riteneva, infatti, che qualora il medico fosse accorso tempestivamente, le

Ritenendo sufficiente la mera probabilità¹⁵ di un nesso di causa¹⁶, dunque, si è formulato un impossibile giudizio di prevalenza gerarchica del *bene giuridico* vita coinvolto nell'esercizio dell'attività medica rispetto alla *certezza* cui l'accertamento penale dovrebbe tendere¹⁷.

Le prime sentenze – come quelle sopra citate a mero titolo esemplificativo – non facevano espressamente riferimento a criteri numerici, ma ricorrendo a formule meramente probabilistiche evocavano comunque l'idoneità del mero dato *percentuale* per l'imputazione dell'evento¹⁸.

Nelle pronunce successive, invece, si è rotto ogni indugio sancendo espressamente il criterio numerico per fondare una inferenza causale¹⁹. Particolarmente interessante, sul punto, risulta la sentenza Silvestri²⁰ che, dopo aver ribadito come il criterio della certezza degli effetti salvifici della condotta doverosa dovesse essere sostituito con

probabilità di sopravvivenza della bambina sarebbero state addirittura del 70-80%. La Cassazione ha quindi condannato il medico poiché, se la cura fosse stata correttamente e tempestivamente somministrata, vi sarebbero state “*serie ed apprezzabili probabilità di successo*”. Interessante anche la già citata sentenza Prinzivalli del 1989, in cui si è addebitata la morte del paziente al medico che non aveva eseguito il necessario intervento chirurgico. Anche in questo caso si è sostituita la certezza dell'evento con la mera probabilità. Ancora, in tema di malattie professionali, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 20.3.2000, Hariolf, in Cass pen., 2002, 126, p. 577. In dottrina risulta interessante sul punto R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188.

¹⁵ C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 ss.

¹⁶ Cfr. sul punto, a mero titolo esemplificativo, L. MASERA, secondo cui “*la giurisprudenza italiana degli ultimi quindi anni in materia di causalità è stata caratterizzata dalla successione di due contrastanti orientamenti, aventi ad oggetto, in particolare, la tematica della causalità omissiva. Il primo, dominante negli anni Novanta, era contraddistinto dalla identificazione, in ambito omissivo, dalla nozione di causa penalmente rilevante con quella di aumento del rischio di verificazione dell'evento lesivo. Pur rimanendo nominalmente fedele alla tradizionale formulazione del rapporto causale quale relazione condizionalistica tra condotta ed evento, in realtà tale orientamento – sulla base di considerazioni relative alla natura ipotetica della causalità omissiva, contrapposta a quella reale della causalità commissiva, ed alla particolare importanza del bene giuridico (vita o integrità fisica) affidato al soggetto garante ex art. 40 c. 2 c.p. in settori quali l'attività medico chirurgica o gli infortuni e le malattie professionali – collocava il nesso eziologico in un contesto epistemologico diverso dalla conoscenza ex post propria della condicio sine qua non, riducendo l'imputazione dell'evento a mero riscontro ex ante di un incremento (più o meno significativo: a volte anche assai basso) della probabilità di realizzazione dello stesso*”, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 498.

¹⁷ Interessanti sul punto le osservazioni di C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 821 ss. Vedi sul punto anche R. BLAIOTTA, secondo cui l'orientamento in esame omette di accertare il nesso di causalità e fonda la responsabilità esclusivamente sulla violazione delle regole professionali e di diligenza, abbandonando di fatto lo schema causale condizionalistico in favore della teoria dell'aumento del rischio, R. BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 129.

¹⁸ R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1195.

¹⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del merito*, 2006, 8-9, p. 961.

²⁰ *Ibidem*.

quello della mera probabilità, ha precisato poi che anche un coefficiente statistico del 30% potesse essere ritenuto sufficiente ad inferire un nesso di causa tra la condotta indagata e l'evento verificato²¹.

Come è stato opportunamente osservato, l'orientamento in esame ha rappresentato paradossalmente una evoluzione garantista, volta cioè ad una maggiore tutela del principio di personalità della responsabilità penale. Le precedenti statuizioni²², infatti, risolvevano le difficoltà di accertamento del nesso semplicemente ignorandolo: la responsabilità, in altre parole, veniva fondata sulla mera esistenza di una posizione di garanzia – di cui peraltro il medico è titolare per eccellenza – e sulla violazione di un regola cautelare la più generica, spesso corrispondente perfino all'inafferrabile principio di prudenza a cui ogni medico deve ispirarsi nell'esercizio della propria attività²³.

²¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 22.4.1987, Ziliotto, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 8.6.1988, Montalbano, in *Riv. pen.*, 1989, p. 424. Altre sentenze in cui la Corte impiega il criterio probabilistico ai fini dell'individuazione di un nesso di condizionamento sono, a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen. Sez. IV, 30.5.1990, Berardino, n. 185086, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 157; Cass. Pen. Sez. IV, 5.6.1990, Pasolini, cit.; Cass. Pen., Sez. IV, 18.10.1990, Oria, cit.; Cass. Pen., Sez. IV, 11.3.1998, n. 3131, Pessi, in *Cass. pen* 2000, p. 41; Cass. Pen. Sez. IV, 17.1.1992, n. 1846, Silvestri e Leone, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2104. In dottrina cfr. sul punto I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, p. 455 ss. e anche ALEO, CENTONZE, LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Giuffré, Milano, 2007, p. 124.

²² Cfr, a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, e Cass. Pen. Sez. IV, 7 novembre 1988, Servadio.

²³ Sul punto, interessante risulta la sintesi formulata da C.E. PALIERO, secondo cui “*accade allora che, nell'ottica dell'accertamento, la prassi giudiziale e, successivamente, la razionalizzazione dottrinale fomentino e legittimino una sorta di 'fuga in avanti', all'interno delle strutture della fattispecie, con progressivi appiattimenti di ciascun nucleo successivo. Si assiste così ad un vero e proprio sovvertimento dell'ordine logico-sistematico degli elementi all'interno della fattispecie oggettiva, con una vicendevole confusione degli elementi normativi (posizione di garanzia, dovere di diligenza) e un tendenziale dissolvimento degli elementi naturalistici (condotta, nesso di causalità) in tale macro elemento normativo. Mi spiego, anticipando il richiamo di un modello prasseologico ricavabile dalla giurisprudenza in tema di causalità omissiva. In alcune pronunce giurisprudenziali (caso dell'anestesista, caso del malato mentale), l'iter logico di ricostruzione del reato, una volta constatato l'evento, muove dall'accertamento della posizione di garanzia (del sottostante dovere), deduce dall'esistenza di questa la presenza del dovere di diligenza e conseguentemente della colpa, e ascrive a questo punto la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento. si ha così un rovesciamento, o meglio un sovvertimento della sequenza logica ordinaria, che dovrebbe muovere dalla spiegazione del nesso causale, appurare solo a questo punto la sussistenza di una posizione di garanzia, e indagare successivamente la violazione del dovere di diligenza che fonda, nelle sue componenti oggettive e soggettive, la responsabilità colposa. Viceversa, la 'fuga in avanti' nelle strutture della fattispecie porta al pratico annullamento della verifica del nesso di causalità, perché questo si è appiattito sulla posizione di garanzia, che a sua volta tende a coincidere con quel dovere di attivarsi che fonda la colpa nel delitto omissivo. A questo punto il nesso di causalità si è letteralmente volatilizzato, della sua presenza il lettore delle sentenze che ho evocato tout court non ravvisa traccia nell'iter euristico argomentativo dei giudici di merito!*”, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 831 ss.

Se, dunque, l'orientamento della certezza c.d di grado inferiore deve essere, da questo specifico punto di vista, apprezzato, è altrettanto vero però che la soluzione escogitata non ha rappresentato altro che una ulteriore scappatoia, un altro stratagemma semplicistico per evitare di affrontare il vero problema. Riconosciuta la necessità di fare i conti con un patrimonio di leggi scientifiche spesso inadone a soddisfare gli elevati standard di certezza richiesti nel giudizio penale, infatti, anziché cercare di porvi rimedio, questa posizione si è limitata a ridurre il livello di certezza penale con buona pace del principio di personalità della responsabilità²⁴. Ciò peraltro spiega l'obiezione della dottrina, ripresa dalle Sezioni Unite, secondo cui *“così operando si trasformavano i reati di danno (caratterizzati dall'accertamento ex post della sussistenza di un effettivo legame eziologico tra la singola condotta ed il singolo evento) in reati di pericolo (cui è proprio, invece, un mero giudizio di aumento del rischio di verifica di un evento dannoso ad opera della condotta), con macroscopica violazione del principio di legalità, oltre che di quello dell'in dubio pro reo, visto che il dubbio circa l'attribuzione in concreto dell'evento all'imputato non veniva reputato ostativo della sua responsabilità per l'evento”*²⁵.

La conseguenza del ricorso indiscriminato e soprattutto *automatico* alla legge statistica nell'accertamento penale è stata rappresentata dalla inevitabile trasposizione del fisiologico margine di incertezza tipico della prima nelle conclusioni relative al secondo.

²⁴ Cfr. sul punto Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit., secondo cui *“dalle prassi giurisprudenziali nel settore indicato emerge che il giudice impiega largamente, spesso tacitamente, generalizzazioni del senso comune, massime d'esperienza, enunciati di leggi biologiche, chimiche o neurologiche di natura statistica ed anche la più accreditata letteratura scientifica del momento storico. Di talché, secondo un primo indirizzo interpretativo, le accentuate difficoltà probatorie, il valore meramente probabilistico della spiegazione e il paventato deficit di efficacia esplicativa del classico paradigma, quando si tratti di verificare profili omissivi e strettamente ipotetici del decorso causale, legittimerebbero un affievolimento dell'obbligo del giudice di pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità”*. In dottrina si veda F. VIGANÒ, secondo cui *“la valanga di critiche formulate in dottrina contro questo orientamento giurisprudenziale, che hanno indotto alla fine le stesse Sezioni unite della Cassazione alla sua solenne sconfessione in Franzese, muovevano in verità tutte dal medesimo assunto di fondo: che, cioè, il diritto vigente vincoli l'interprete a circoscrivere la responsabilità per omesso impedimento dell'evento di cui all'art. 40 co. 2 c.p. alla verifica positiva dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, secondo un paradigma condizionalistico adattato alla peculiare struttura del fatto omissivo (“ipotizzando come compiuta la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe verificato”). Di talché, si afferma di solito, il canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oggi positivizzato dall'art. 533 c.p.p., imporrebbe di assolvere l'imputato ogniqualvolta non sia raggiunta la prova della sicura efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa”*, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2009, 4, p. 1679.

²⁵ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 494.

In termini numerici, dunque, se la legge statistica avesse offerto una percentuale di fallibilità del 30%, il giudice avrebbe formulato un giudizio di responsabilità penale certo al 70% con evidente attribuzione “*all'agente come fatto proprio di un evento 'forse', non 'certamente', cagionato dal suo comportamento*”²⁶. Una condanna, quindi, giustificata non già dall'evento cagionato, ma dall'aumento delle possibilità della sua verifica²⁷.

Come è stato osservato nelle elaborazioni dottrinali formulate a commento delle pronunce ora citate, ciò che destava maggiore perplessità nelle argomentazioni della Cassazione non era tanto il ricorso alle leggi statistiche in sé, quanto l'uso che di esse veniva fatto nell'accertamento causale e rappresentato dal confronto acritico tra le classi di condizioni e di eventi di una legge statistica e quelle riscontrate nel caso concreto. Come si vedrà diffusamente tra poco, infatti, un simile approccio si fonda sulla erronea assimilazione della relazione statistica con la relazione causale perché identifica come unico parametro di riferimento per valutare la portata eziologica di un fattore la presenza di quest'ultimo tra le condizioni che determinano un aumento statistico della verifica di un evento. Come accennato, però, nell'indagine causale si presentano molto spesso fattori di confondimento di vario genere che determinano incrementi di probabilità che non hanno significato causale o che occultano sul piano statistico la relazione causale o addirittura imprimono alla relazione statistica un segno opposto rispetto a quello dovuto alla relazione causale.

Le regolarità statistiche, dunque, sono solo un primo, incerto indicatore lungo il complesso itinerario che conduce alla enunciazione di una documentata relazione nomica di tipo causale. È solo all'esito di questo rigoroso vaglio critico che sarà possibile configurare una relazione causale probabilistica: “*non è – perciò – la 'probabilità statistica' (o il valore statistico) di una legge a supportare la tenuta di quella spiegazione, ma la 'probabilità logica' o 'la credibilità razionale' dell'accertamento*”²⁸

²⁶ Cass. Pen., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

²⁷ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 821 ss., M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., p. 32.

²⁸ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 496. L'autore continua sul punto con un esempio estremamente chiaro per evidenziare il ruolo limitato della legge statistica nell'accertamento causale: “(edema della glottide). La probabilità che una persona che abbia mangiato dei crostacei

3. LE RIPERCUSSIONI PROCESSUALI DELLA INCERTEZZA SCIENTIFICA: LA CONCEZIONE DELLA C.D. CERTEZZA ASSOLUTA

Elaborata per contrastare le derive giurisprudenziali a cui l'impostazione del primo orientamento aveva dato adito²⁹, e finalizzata a soddisfare l'opposta esigenza politico-criminale di tutela del principio di certezza e personalità della responsabilità penale, nei primi anni del nuovo millennio³⁰ si è progressivamente affermata in giurisprudenza la concezione della certezza c.d. assoluta³¹: in totale adesione agli insegnamenti di Federico Stella³², questa posizione giurisprudenziale ha rinnegato

vada incontro ad un edema della glottide è bassa (legge statistica). Giacomo ha mangiato dei crostacei e quindi è andato incontro ad un edema della glottide (explanandum). La legge statistica in quanto tale non è un explanans sufficiente, dato il valore solo statistico e perfino basso della legge. Tuttavia quando la legge è stata costruita non si è trattato di uno studio sulle popolazioni, ma su casi clinici individuali, dove la percentuale statistica dipende dall'esclusione (nei limiti degli accertamenti disponibili) di altri fattori per l'edema della glottide in ogni singolo caso considerato. Come spiega Giovanni FEDERSPIL, da cui traggio l'esempio, 'l'edema della glottide è una condizione patologica rara, di natura allergica, che insorge poco tempo dopo il contatto fra un allergene e un soggetto sensibile, e che riconosce solo poche cause possibili fra le quali vi è certamente l'ingestione di crostacei. Ora, se nelle ore precedenti l'episodio morboso il soggetto non era venuto a contatto con altri possibili allergeni, è del tutto ragionevole concludere che con alta probabilità Giacomo sia andato incontro all'edema della glottide a causa dell'ingestione dei crostacei'. Ecco, allora, che anche leggi esplicative di valore probabilistico modesto - purché sia davvero possibile escludere altre concause esclusive e alternative operanti in concreto - possono essere utilizzate per spiegazioni causali, e non meramente statistico-probabilistiche (fondate cioè sul solo dato percentuale di una statistica) del tutto sicure sul piano probatorio. La certezza logica della spiegazione può essere così raggiunta in concreto in presenza di fattori causali determinanti e non di mero rischio, in quanto si possano escludere fattori eziologici alternativi di tipo esclusivo", cit., p. 496.

²⁹ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit..

³⁰ Per la verità alcune pronunce coerenti all'orientamento in esame si sono registrate anche in tempi molto più risalenti: cfr., a mero titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. II, 17 ottobre 1952, Amistani, e App. Roma, 8 novembre 1985, Patriarca.

³¹ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit.

³² Cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1983. Per un approfondimento della questione, vedi F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2001; in giurisprudenza si veda Cass. Pen., sez. IV, 28.9.2000, Baltrocchi, cit. Come ricordato da Veneziani, nel caso in esame "il pretore aveva assolto il medico di turno di un pronto soccorso, il quale aveva dimesso un paziente ottantenne, prescrivendo una terapia aerosolitica ed una visita specialistica da effettuarsi il giorno dopo. Il medico risultava imputato di omicidio colposo, per avere cagionato la morte del paziente suddetto, mediante omissione del ricovero (o comunque non avendolo tenuto in osservazione), 'sebbene l'emogasanalisi avesse evidenziato ipossia, ipercapnia ed alcalosi metabolica': cosicché il malato, 'rinviato al proprio domicilio, era stato privato di tutte le terapie idonee a prevenire e a fronteggiare la crisi cardio-respiratoria a seguito della quale era deceduto', la sera stessa. Il Pretore motivava l'esito assolutorio, osservando come non fossero emersi elementi 'che consentissero di affermare, con sufficiente gradi di certezza, la derivazione causale della morte (...) dalle prospettate condotte - omissioni - del sanitario, essendo rimasta dubbia l'idoneità degli ipotetici trattamenti terapeutici alternativi, conformi alle regole di diligenza, a scongiurare il decesso del paziente o, comunque, a diminuire il pericolo in misura percentualmente rilevante'; inoltre,,

qualsiasi riferimento alle leggi probabilistiche per gli esiti incerti cui il loro utilizzo avrebbe necessariamente condotto, e ha proposto come alternativa il ricorso esclusivo alle leggi universali o statistiche con coefficienti percentualistici vicini a 100 da applicare secondo uno schema rigorosamente nomologico deduttivo di ispirazione neopositivista fondato sulla logica matematica: data una legge scientifica che ricollega causalmente una categoria di condizioni X ad una categoria di eventi Y, se ci si imbatte nel caso di specie in una condizione ed in un evento ricollegabili, rispettivamente, agli insiemi X e Y, è necessario e sufficiente applicare la legge universale per inferire con certezza appunto assoluta la sussistenza tra loro di un rapporto di causa³³. Questa impostazione si fondava sulla convinzione che *“una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone, sia nella causalità attiva, che nella causalità omissiva, una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento e deve sfociare in un giudizio sul nesso di condizionamento di alta probabilità logica o di elevata credibilità razionale, dove*

‘mancavano adeguati fondamenti per affermare che cure ispirate ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche avrebbero, quanto meno, spostato nel tempo il decesso ritardandone l'accadimento’. Il verdetto veniva ribaltato in appello. L'imputato era giudicato colpevole, ancorché le probabilità – ritenute dal perito – di sopravvivenza (di mesi o settimane) fossero anteriori al 50%, e potendosi scendere, in base a ulteriori dati statistici, sino al 28%. A sua volta, come anticipato, la sentenza di secondo grado era annullata senza rinvio in Cassazione, ‘perché il fatto non sussiste’: ‘Per rendersi conto che, sul piano scientifico, questi dati statistici non sono tali da suffragare le conclusioni cui è pervenuta la corte di appello di Milano, è sufficiente riflettere che una percentuale del 50%, se può anche essere non irrilevante, è certamente, e lo è per la stessa corte, molto limitata, e, a maggior ragione, molto limitata è una percentuale di sopravvivenza del 28%, sicché con queste percentuali, con questi dati statistici, non è davvero possibile ricostruire un rapporto di causalità scientificamente e/o penalmente rilevante (...). E la impossibilità di ravvisare un rapporto di causalità ove si abbia a disposizione una legge statistica che non vada al di là del 50% o, addirittura, del 28%, l'impossibilità di potere effettuare un utile giudizio controfattuale con quei dati risulta chiarissima se si considera che il problema, in tutti i casi in cui ci si avvalga di leggi statistiche con grandezze lontane da cento o non prossime a cento, non è tanto sapere che le cure avrebbero salvato il paziente (...) al 50%, ma il non sapere e l'impossibilità di sapere se il paziente (...) è morto per quella mancanza di cure e, quindi, per la omissione, o, invece, per quel 50% di cause ragioni che, nonostante le cure, lo avrebbero potuto condurre ugualmente alla morte. Se la condizione necessaria dell'evento non potrà mai dirsi che una condizione, che avrebbe potuto essere causa soltanto al 50% o al 28%, è stata la condizione necessaria dell'evento’’. Cfr., per analoghe considerazioni, Cass. Pen. Sez. IV, 29.11.2000, Musto, cit.; Cass. Pen. Sez. IV, 29.11.2000, Di Cintio, cit.

³³ Cfr. R. BLAIOTTA, secondo cui *“la questione ha assunto grande interesse nel mondo del diritto perché una nota scuola di pensiero ha affermato con forza che le generalizzazioni probabilistiche non sono utilizzabili, non consentendo di produrre, infine, una inferenza caratterizzata dalla certezza che costituisce la regola di giudizio del processo penale. Questo autorevole punto di vista ha suscitato grandi incertezze nella giurisprudenza che sono state purgate, almeno nella prassi, solo quando le sezioni unite hanno espresso al riguardo una meditata, condivisibile posizione che non lascia adito a dubbi’’, Il sapere scientifico e l'inferenza causale, in Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza), Firenze University Press, 2010, p. 147.*

*alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo, alla certezza*³⁴.

Il merito di questa concezione sta nell'aver ricordato che rispetto alla responsabilità penale si pongono ineludibili esigenze di garanzia che possono essere soddisfatte soltanto da un'idea forte di certezza.

Di contro, sia i presupposti del ragionamento che le conclusioni a cui giunge contraddicono frontalmente entrambe le premesse scientifiche formulate nella prima parte del presente lavoro³⁵.

La concezione in esame, infatti, sbaglia sia nella individuazione degli strumenti concretamente a disposizione del giudice per esprimere una valutazione causale, che nel metodo di accertamento da impiegare: come visto, un accertamento connotato da una stringente necessità deterministica e fondato su leggi e metodi tipici delle c.d. scienze pure è idealmente perfetto ma concretamente inutile per il processo penale³⁶.

Quanto agli strumenti, innanzitutto, gli ambiti della realtà in cui il giudice penale è quotidianamente chiamato ad esprimere le proprie valutazioni non sono mai o quasi regolati da leggi scientifiche universali o statistiche con coefficienti percentualistici vicini a 100³⁷. Al contrario, nella stragrande maggioranza dei casi, e soprattutto in ambito medico, *“le asserzioni dei consulenti e dei periti si fondano in effetti – e debbono fondarsi, perché possano essere ritenute attendibili per il giudice – su studi clinici che esprimono regolarità statistiche, empiricamente osservate, tra l'adozione di determinati presidi terapeutici e la successiva evoluzione del quadro clinico nei pazienti trattati: studi, dunque, effettuati su campioni di pazienti che dimostrano l'efficacia del presidio terapeutico in una certa percentuale di casi, ma che ben raramente arrivano a dimostrare la sua efficacia nella totalità, o nella quasi totalità, dei casi*³⁸.

³⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 29.11.2000, Musto, cit.; ALEO, CENTONZE, LANZA, *La responsabilità penale del medico*, cit.

³⁵ Cfr. L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 494.

³⁶ F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1893.

³⁷ Cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1970.

³⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit.

Spesso, inoltre, l'accertamento è completamente sfornito di alcuna, anche approssimativa, base scientifica e dunque impone al giudice di ricorrere a massime di esperienza e persino generalizzazioni empiriche del senso comune³⁹.

In questi casi, dunque, è semplicemente utopistico pensare di adottare un metodo di indagine fondato su strumenti di tipo deterministico. Come è stato recentemente ricordato sul punto da autorevole dottrina, *“un paradigma che assegna al sapere scientifico naturalistico un dominio incontrastato su quello delle regole di imputazione, in cui la causalità stessa divora e assorbe l'imputazione giuridica, appare “utopistico” e addirittura “paradossale”, nella misura in cui pretende di ancorare l'imputazione dell'evento a leggi esplicative dotate di un coefficiente statistico di validità epistemologica prossimo al 100% in un'epoca segnata da estrema incertezza cognitiva”*⁴⁰.

Non solo. Come già accennato, infatti, l'affidabilità di un'ipotesi causale per spiegare uno specifico evento non è data dal numero di casi in cui si è già verificata in passato, ma dalla quantità e qualità di elementi concreti acquisiti nel corso dell'accertamento svolto in quella specifica occasione ed idonei a suffragarla.

Più numerose e chiare sono le tracce utili a ricondurre quello specifico evento a quella specifica ipotesi, in altre parole, maggiori sono le possibilità che la relazione sussista effettivamente e dunque l'ipotesi possa ritenersi fondata: *“la congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale, o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dall'aderenza ai fatti espressi da una situazione data. Particolarmente quando, come nel processo penale, è in gioco un'alta posta, anche se si dispone di una regola scientifica o esperienziale affidabile, occorre invece rivolgersi anche ai fatti: non basta attenersi all'affidabilità delle regole, ma esse vanno confrontate con la concreta situazione problematica nella quale vengono utilizzate”*⁴¹.

³⁹ Cfr. R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147 e Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

⁴⁰ G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa*, cit. Vedi anche Di GIOVINE, secondo cui analogamente al primo orientamento, ma in direzione diametralmente opposta negli scopi perseguiti, la concezione in esame celava *“in verità una preoccupazione di valore, in senso garantista (...). Il recupero di un grado elevato di probabilità empirica nella premessa del ragionamento mira piuttosto a compensare l'impossibilità di garantire la certezza logica della conclusione, in conseguenza dell'inutilizzabilità del modello deduttivo”*, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, cit., p. 645.

⁴¹ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147.

Non c'è dimostrazione, dunque, senza un serrato confronto con le prove: *“in estrema sintesi, ai fini dell'accertamento causale, decisivo non è il coefficiente percentualistico più o meno elevato e dunque vicino a 100 o 90 o 50 eccetera, di probabilità frequentista desumibile dalla legge di copertura utilizzata. Ciò che davvero conta è potere razionalmente confidare nel fatto che la legge statistica in questione trova applicazione anche nel caso concreto oggetto di giudizio, stante la elevata probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi”*⁴².

È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso di condizionamento⁴³. Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale, pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, controllandone quindi la "attendibilità" in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile⁴⁴: *“se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il*

⁴² Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

⁴³ Cfr. sul punto anche L. MASERA, secondo cui *“la critica che si può muovere all'indirizzo del 100%, di recente ancora autorevolmente sostenuto dal maggiore studioso italiano in tema di causalità, è, allora, quella di identificare la certezza rilevante in sede processuale con la certezza scientifica, precludendo così al giudice l'accertamento di relazioni eziologiche fondate sì su leggi probabilistiche, ma confortate dal positivo riscontro in concreto che proprio la condotta dell'imputato, e null'altro, può avere cagionato l'evento lesivo. Poco importa, allora, che tra i filosofi della scienza si dubiti della capacità esplicativa delle spiegazioni statistiche, in quanto secondo larga parte della filosofia più recente solo leggi meccanicistiche del tipo di quelle della filosofia classica potrebbero fornire una conoscenza davvero affidabile della realtà: il diritto non aspira a fornire spiegazioni generali dei fenomeni, ma solo ad imputare fatti singoli, e l'incertezza scientifica non può quindi precludere al giudice l'instaurazione di relazioni causali fondate sulla forza del riscontro a posteriori circa l'effettiva efficienza causale della condotta del reo”*, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 497. Cfr anche P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1970 ss.

⁴⁴ Vedi anche M. DONINI, secondo cui *“si distingue qui opportunamente fra probabilità statistica e probabilità logica: mentre la prima contiene una verifica empirica percentuale sulla successione degli eventi, la seconda contiene la verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge statistica nel caso concreto: una percentuale statistica alta (es. 90%) può non aver nessun valore eziologico effettivo qualora consti che, in realtà, un certo evento è stato cagionato da una diversa condizione; e viceversa una percentuale statistica medio-bassa (es. 40%) potrebbe risultare persuasivamente suffragata in concreto dalla verifica dell'insussistenza di altre cause esclusive, sul presupposto che si conoscano tutte le possibili cause di un certo effetto e se ne possa escludere storicamente l'incidenza o l'operatività nell'accertamento di specie”*, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., p. 32.

*diritto - ove il relatum è costituito da un comportamento umano - appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'explanandum e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi*⁴⁵.

Alla luce di queste considerazioni, il dato percentuale della legge assume una portata se non addirittura trascurabile, quantomeno nettamente ridimensionata rispetto a quella che entrambi gli orientamenti sopra accennati gli avevano attribuito.

Il giudice, inoltre, torna ad assumere la funzione che gli è propria⁴⁶, vale a dire quella di organo accertatore che, formulata una serie di ipotesi sulla possibile ascrivibilità di un evento concreto, dovrà poi interrogarsi in prima persona sulla valenza degli elementi acquisiti, scartando quelli a suo giudizio irrilevanti per la spiegazione del fatto in base ad argomenti di natura scientifica o logica.

Il ruolo che gli è proprio, in altre parole, in relazione a qualsiasi accertamento e per qualsiasi evento: *“questo valore probabilistico della spiegazione, peraltro, non significa che il convincimento processuale del giudice, solo perché egli impiega leggi di tipo statistico o anche massime di esperienza, debba essere meno rigoroso di quanto le regole probatorie e il suo libero convincimento non impongano sempre: probabilistico o deduttivo che sia il valore della legge di copertura, il giudice deve sempre pervenire a un accertamento processuale rigoroso. Il rigore, anzi, dovrebbe se mai crescere a fronte di leggi di copertura dal valore epistemologico meno pronunciato*⁴⁷.

In quest'ottica, i problemi analizzati fino ad ora appaiono ampiamente ridimensionati, perché sono riconducibili in ultima analisi alle maggiori o minori difficoltà che ciascun giudice incontra quotidianamente dovendo esprimere una valutazione in merito ad un fatto sulla base di elementi spesso insufficienti,

⁴⁵ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.; cfr. anche R. BARTOLI, secondo cui nella *“certezza cosiddetta processuale, la spiegazione deve fondarsi non solo sulle percentuali statistiche probabilistiche, ma anche su una valutazione qualitativa concernente l'attendibilità dell'impiego della legge scientifica rispetto al singolo evento concretamente verificatosi”*, R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

⁴⁶ Cfr. sul punto P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, Relazione al Convegno *“Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico”*, Ravenna, 23-24 marzo 2012, p. 7.

⁴⁷ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., p. 32.

contraddittori e nella maggior parte dei casi del tutto sprovvisti di qualsivoglia copertura scientifica utile a spiegarli.

4. LA EMANCIPAZIONE DELLA CERTEZZA PROCESSUALE DALLA CERTEZZA SCIENTIFICA: LA NUOVA CONCEZIONE DELLA CERTEZZA LOGICA CONIATA DALLA STORICA SENTENZA FRANZESE

Il modello di ragionamento probatorio sopra descritto è stato pressoché integralmente recepito nella ormai storica sentenza Franzese⁴⁸, specificamente dedicata alla formulazione di una alternativa valida⁴⁹ ai due opposti estremismi sottesi agli orientamenti giurisprudenziali sopra citati e funzionale al temperamento delle rispettive ragioni di tutela dei pazienti e di garanzia dei medici imputati⁵⁰.

La portata realmente innovativa della pronuncia riguarda proprio il tipo di accertamento processuale indicato: *“partendo dallo specifico punto di vista che interessa il giurista – si legge infatti nella pronuncia – le Sezioni Unite (...) ritengono, con particolare riguardo ai decorsi causali ipotetici, complessi o alternativi, che rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base per il libero convincimento del giudice, ma non esaurisce di per se stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere al risultato di ‘certezza processuale’ (...)*”⁵¹.

⁴⁸ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

⁴⁹ Cfr. P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, cit.

⁵⁰ Cfr. sul punto anche L. MASERA, secondo cui *“l’intervento delle Sezioni Unite mira a trovare un equilibrio tra le opposte esigenze politico criminali, e gli altrettanto distanti percorso gnoseologici, caratteristici degli orientamenti appena descritti. Rifiutata, per le ragioni ricordate sopra, l’adozione di una nozione di causa appiattita sul criterio prognostico dell’idoneità lesiva, i supremi giudici condividono l’impostazione secondo la quale i giudici di merito debbono provare ogni ragionevole dubbio la causalità particolaristica, ma rifiutano la pretesa che siano necessarie leggi universali (o quasi universali) per soddisfare tale standard probatorio e pervengono alla conclusione che non è tanto il coefficiente statistico della legge di copertura a risultare decisivo, quanto la possibilità per il giudice di escludere nel caso concreto la presenza di fattori causali alternativi, raggiungendo così la certezza processuale che la condotta dell’imputato è conditio sine qua non dell’evento lesivo”*, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 495.

⁵¹ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese

Come è evidente, la pronuncia è perfettamente consapevole dei limiti cognitivi del giudice nella valutazione delle possibili inferenze causali di un evento concreto.

Proprio per questo, indica come metodo di indagine non solo la ricognizione di elementi astrattamente utili a legittimare il ricorso ad una specifica legge scientifica, ma anche la ricerca di circostanze idonee a contraddirla, perché solo nel caso in cui questa ricerca fallisca l'inferenza causale ipotizzata potrà essere considerata razionalmente, o logicamente, plausibile⁵².

La incertezza del sapere scientifico, in altri termini, secondo la Corte impone di considerare il parametro nomologico non già come il punto di arrivo del giudizio, ma al contrario come quello di partenza: una volta constatata la idoneità di una specifica legge a collegare le informazioni acquisite nel caso concreto, occorre interrogarsi circa la possibilità di spiegare i fenomeni indagati anche mediante il ricorso ad altre leggi o comunque altre possibili alternative; solo al termine di questo secondo momento valutativo di carattere eminentemente logico si potrà ritenere accertata, per esclusione, la riconducibilità del fenomeno alla spiegazione ipotizzata originariamente⁵³.

L'approccio delineato dalla Corte è stato ricondotto a quello tipico del metodo abduttivo, vale a dire fondato sullo sforzo incessante di verificare la tenuta logica dell'ipotesi causale escludendo le altre per la irriducibilità ad esse degli elementi concretamente acquisiti nel corso dell'indagine: *“raccolgendo accenni sparsi – si è infatti precisato – si può individuare nella pronuncia il nucleo del pensiero abduttivo: induzione e abduzione si intrecciano dialetticamente, l'induzione, cioè il fatto storico, costituisce il banco di prova critico intorno all'ipotesi esplicativa. La*

⁵² Vedi sul punto anche F. VIGANÒ: *“La riflessione dottrinale e giurisprudenziale in tema di causalità registra oggi un largo - per quanto non unanime - consenso attorno alla soluzione cristallizzata dalle Sezioni unite penali nella sentenza Franzese, quanto meno in relazione ai reati commissivi di evento; soluzione che, come è noto, si impernia attorno ad un meccanismo di accertamento bifasico, che passa a) per la rilevazione di una legge scientifica di copertura, anche a struttura probabilistica, che stabilisca una correlazione tra la classe di accadimenti nei quali è sussumibile la condotta dell'imputato e la classe di accadimenti nei quali è sussumibile l'evento concreto, e b) per la successiva esclusione, al di là di ogni ragionevole dubbio, di possibili spiegazioni causali dell'evento concreto alternative rispetto all'ipotesi che l'evento stesso sia stato causato dalla condotta dell'imputato”* F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1680.

⁵³ Come si vedrà tra poco, peraltro, il carattere logico di questo modo di procedere lo rende idoneo a spiegare i giudizi causali sia attivi, che omissivi. Con questa prima precisazione, e quindi con l'equiparazione delle due tipologie di reato, si riapre la decennale diatriba circa la diversità ontologica della causalità attiva ed omissiva ben illustrata in ALEO, CENTONZE, LANZA, *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 173.

*prospettiva com'è noto è quella di una ricostruzione del fatto dotata di elevata probabilità logica*⁵⁴.

Si tratta, dunque, di un'operazione in cui la scienza assolve alla specifica, e non già totalizzante, funzione di confermare un procedimento cognitivo complessivamente fondato su inferenze logiche formulate proprio in base ad un ragionamento condizionalistico, di costante confronto tra ipotesi di lavoro e riscontri concreti.

Per comprendere quanto sin qui sostenuto, si pensi all'esempio già proposto in dottrina ed avente ad oggetto il morso del serpente mocassino: il dato per cui il morso si riveli letale nell'80% dei casi non può, da solo, minare l'attendibilità della legge nella ricostruzione del nesso causale così come vorrebbe la scuola della c.d. certezza assoluta. Non può, però, nemmeno legittimarne il ricorso meccanico così come vorrebbe la scuola della certezza di grado inferiore.

Occorrerà, invece, verificare la sussistenza di tutte le condizioni tipiche per permettere di invocare la legge scientifica idonea a ricondurre l'evento morte al morso, ed in secondo luogo escludere, con tutti i mezzi processualmente disponibili e dunque secondo gli ordinari standard logici, eventuali spiegazioni alternative. Il risultato di una simile indagine processuale non potrà evidentemente ambire ad alcuna certezza assoluta o matematica, ma potrà comunque soddisfare l'ordinario standard della certezza processuale⁵⁵.

⁵⁴ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147.

⁵⁵ Si vedano sul punto, ed a mero titolo esemplificativo, anche gli esempi proposti da M. DONINI: *"problemi di concause sempre rilevanti in senso probabilistico sono posti dalle "leggi di trasmissione" dei batteri, dei virus e sulla patogenesi delle malattie infettive. Però la natura probabilistica delle singole leggi o conoscenze scientifiche utilizzate nella spiegazione non esclude, in questo caso, la valenza causale in senso stretto della spiegazione, come si vedrà subito. L'infettivologia ci dice che solo in presenza di un determinato batterio si può contrarre la tubercolosi, o la sifilide, o che senza la trasmissione di un certo virus non si contrae la rabbia. Ma la presenza del batterio o del virus in una fonte di trasmissione o in un contatto con il soggetto ricettore non è sufficiente, potendo la malattia essere impedita da varie condizioni neutralizzanti o immunizzanti (ambientali, nutrizionali, genetiche, farmacologiche etc.), la cui esatta incidenza non è percentualmente accertabile né ex ante, né ex post. La presenza dell'agente patogeno ha dunque un valore esplicativo non certo universale (se c'è la malattia c'è sempre il batterio o il virus, ma non sempre alla diffusione del batterio segue la malattia), però è una presenza decisiva, o determinante, in quanto esso si attegga come condizione sine qua non della malattia, che in assenza del batterio non si verifica. In altri casi la legge esplicativa di un contagio rimane probabilistica, ma può essere accertato ex post che il verificarsi della malattia dipende da un fattore (imputabile a una qualche negligenza) realmente causale: la verifica richiamata può avvenire in sede autoptica, oppure semplicemente in sede di analisi clinica, là dove si possono individuare le 'tracce' organiche e chimiche che escludono la riconducibilità della patogenesi ad altri fattori. ESEMPIO. È accertato che pazienti che sono portatori latenti del virus dell'epatite B, HBV, possono conoscere la riattivazione del virus per effetto di distinti eventi (malattie autoimmuni, trapianto d'organi, trattamenti chemioterapici). In particolare, i portatori dell'antigene HBsAg sviluppano la riattivazione*

La probabilità statistica della legge, in altri termini, non esaurisce la funzione esplicativa dell'accertamento causale, ma al contrario serve solo da strumento utile alla ben più ampia verifica logica della sua applicazione nel caso concreto. La fondamentale differenza tracciata dalla Corte tra la probabilità statistica e la probabilità logica si sintetizza dunque in ciò, che mentre la probabilità statistica indica semplicemente una certa regolarità di successione tra eventi, la probabilità logica è *“il rapporto di conferma tra un'ipotesi e gli elementi che ne fondano l'attendibilità”*⁵⁶: *“lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale e di tutte le leggi pertinenti da parte del giudice, il quale ricorre invece, nella premessa minore del ragionamento, ad una serie di "assunzioni tacite", presupponendo come presenti determinate "condizioni iniziali" e "di contorno", spazialmente contigue e temporalmente continue, non conosciute o*

*dell'epatite B in presenza di chemioterapia per linfomi, leucemia, cancro al testicolo. A seconda del tipo di farmaco impiegato nel trattamento chemioterapico, questa evoluzione può presentare un rischio molto elevato sia di insorgenza e sia di effetti, oppure risultare solo probabile secondo parametri inferiori al 50%. In ogni caso non è possibile sapere a priori se l'epatite si svilupperà. È però possibile accertare ex post la riattivazione "da chemioterapia" in base ad analisi cliniche che individuano la sicura dipendenza del fenomeno dai farmaci assunti (e magari colposamente somministrati senza precauzioni), anche se tali analisi confermano il valore statistico del rischio di insorgenza, e non lo spiegano come un rischio a realizzazione "nomologicamente necessaria". Solo nello specifico caso, rebus sic stantibus, si può dedurre dagli accertamenti ex post che senza quella condizione, l'evento non si sarebbe sicuramente verificato. Non si tratta quindi di una spiegazione "meramente statistica e generalizzante", che ovviamente non potrebbe mai spiegare, da sola, la causalità individuale come esempio perfettamente "deducibile" dalla legge generale. Si può ipotizzare che la conoscenza completa delle condizioni (la causa "sufficiente") saprebbe spiegare come necessario l'evento, ma tale ipotesi (che qualcuno potrebbe ritenere persino metafisica) non è di regola corroborata nella singola analisi diagnostica, né in un processo penale: a noi basta una condizione necessaria in senso contingente e storico, non quella sufficiente. Oltre a un accertamento autoptico o di laboratorio a posteriori, la causazione può essere appurata che senza quella condizione, l'evento non si sarebbe sicuramente verificato. Non si tratta quindi di una spiegazione "meramente statistica e generalizzante", che ovviamente non potrebbe mai spiegare, da sola, la causalità individuale come esempio perfettamente "deducibile" dalla legge generale. Si può ipotizzare che la conoscenza completa delle condizioni (la causa "sufficiente") saprebbe spiegare come necessario l'evento, ma tale ipotesi (che qualcuno potrebbe ritenere persino metafisica) non è di regola corroborata nella singola analisi diagnostica, né in un processo penale: a noi basta una condizione necessaria in senso contingente e storico, non quella sufficiente”, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494. Cfr. anche F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1897.*

⁵⁶ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per 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, p. 47. Cfr. anche R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 236.

soltanto congetture, sulla base delle quali, 'ceteris paribus', mantiene validità l'impiego della legge stessa. E, poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, né procedere ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale"⁵⁷.

Nell'ottica della Corte, ed a differenza degli orientamenti prima ricordati, dunque, il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide non intacca il tradizionale giudizio controfattuale di carattere eminentemente logico⁵⁸, ma consente di ancorarlo a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici o biologici.

La connotazione scientifica dell'ambito in cui ci si muove, in altre parole, aiuta ma non muta l'indagine giudiziale fondata sulla formulazione di un'ipotesi causale da sostenere sempre e comunque in base ad argomenti di carattere logico: *"in questo senso, nonostante i limiti epistemologici dello statuto della causalità nel rapporto fra eventi svelati dalla fisica contemporanea e le critiche di avversa dottrina, la persistente fedeltà della prevalente scienza giuridica penalistica al classico paradigma condizionalistico (v. lo Schema Pagliaro del 1992 di delega per un nuovo codice penale, sub art. 10, ma soprattutto l'articolata elaborazione del Progetto Grosso del 2001 di riforma della parte generale del codice penale, sub artt. 13 e 14) non solo appare coerente con l'assetto normativo dell'ordinamento positivo, ma rappresenta altresì un momento irrinunciabile di garanzia per l'individuazione della responsabilità nelle fattispecie orientate verso la produzione di un evento lesivo*"⁵⁹.

In definitiva, con il termine "alta o elevata credibilità razionale" dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità,

⁵⁷ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

⁵⁸ R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188.

⁵⁹ Cass., Sez. un., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, cit.

bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto⁶⁰: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.

Ad analoga conclusione è giunta del resto la più recente dottrina, laddove ha precisato che mentre la “probabilità statistica” attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi, la “probabilità logica”, seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale⁶¹.

Mentre la probabilità statistica esprime degli enunciati sintetici di carattere empirico tra classi di eventi, senza fornire dunque alcuna informazione specifica circa la supposta correlazione tra i fatti concreti analizzati, la probabilità logica indica viceversa una relazione tra proposizioni, tale per cui si può considerare più o meno credibile una determinata ipotesi esplicativa.

La credibilità razionale, dunque, non è “né calcolo né arbitrio”⁶². Non può dirsi calcolo poiché non vi è alcun coefficiente numerico di riferimento, ma non può dirsi nemmeno arbitrio poiché il libero convincimento del giudice trova conferma nelle prove. È, piuttosto, il frutto di una valutazione che il giudice compie in sede di decisione supportata dall'applicazione di criteri di stretta logicità e coerenza.

⁶⁰ R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass.pen.*, 2003, 332, p. 1176.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1176. Cfr. sul punto anche Cass. Pen., Sez. IV, 5 ottobre 1999, Hariolf, cit. Cass. Pen., Sez. IV, 30.3.2000, Camposano; Cass. Pen. Sez. IV, 15.11.2001, Puddu; Cass. Pen., Sez. IV, 23.1.2002, Orlando, cit.

⁶² TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001.

5. UNA PRIMA IMPORTANTE CONCLUSIONE: LA CERTEZZA DEVE ESSERE INTESA NECESSARIAMENTE IN SENSO PROCESSUALE

Resta da chiedersi a quali condizioni possa ritenersi raggiunta la dimostrazione in termini di razionale, umana certezza, dell'assunto causale.

In base alle considerazioni sin qui espresse, la risposta risulta pressoché obbligata: la tensione – riscontrabile nella stragrande maggioranza delle sentenze – alla verità oggettiva che promana dalla legge scientifica e cala deterministicamente sulla decisione sorretta da una compiuta un'argomentazione dimostrativa è, nella realtà, frustrata dalla moltitudine di dati incerti e contrastanti da analizzare e selezionare empiricamente sulla base di conoscenze altrettanto incerte.

L'utilizzo pratico della legge scientifica avviene nell'ambito di un'indagine "sul campo" articolata e complessa che, pur connotata da scientificità, non ha nulla di assoluto, oggettivamente certo e conduce a conclusioni non sempre falsificabili e quindi fisiologicamente connotate da un margine di alea. In questo contesto, infatti, non sono possibili ripetizioni empiriche del reale accadimento dei fatti sulla base di metodi standardizzati perché si frappongono sia difficoltà di ordine nosologico, che varianti cliniche tali da rendere molto ardua la formulazione in termini di certezza di una diagnosi eziologica: *"spiegare un caso clinico vuol dire 'ricostruire in modo completo la sequenza patogenetica che si è realizzata in un malato. Peraltro ben poche malattie sono state fino ad oggi veramente spiegate, si può anzi affermare che in molti campi della medicina, via via che la ricerca progredisce, si va manifestando una causalità sempre più ricca, articolata e complessa, cosicché una spiegazione completa dei fenomeni morbosi sembra divenire un obiettivo sempre più lontano. Da una parte, il concetto di gene si è dimostrato molto più articolato di quanto non si credesse fino agli ultimi decenni del '900, dall'altro, le sequenze patogenetiche che costituivano patologie apparentemente unitarie si sono invece rivelate molteplici. Il diabete mellito della maturità, l'obesità e la cardiopatia ischemica rappresentano altrettanti esempi di processi morbosi considerati unitari, che oggi vengono determinati da numerose sequenze patogenetiche molto diverse tra loro, cosicché diviene ormai sempre più difficile mantenere l'idea di una causalità semplice, analoga a quella introdotta dal paradigma microbiologico'. Stando così le cose,*

risulta evidente che le probabilità ex ante associate alla diagnosi e alla prognosi non sono in grado di darci informazioni su ciò che è realmente accaduto, e che molto spesso queste informazioni non ci possono essere date neppure dalla spiegazione, proprio perché 'ben poche malattie sono state fino ad oggi veramente spiegate'”⁶³.

In molti casi, poi, le leggi scientifiche semplicemente non sono disponibili e quindi il giudice non ha altra scelta che affidarsi alle c.d. generalizzazioni del senso comune, alla sua cultura di uomo medio, al suo *background knowledge* e dunque, in ultima analisi, alle massime di esperienza, formulando un giudizio sulla base dell'*id quod plerumque accidit*.

Evidente la possibile fallacia di questo criterio di accertamento, ma altrettanto evidente la necessità di farvi ricorso in assenza di altre soluzioni *ready made*⁶⁴.

A fronte di una simile situazione pratica, assume importanza decisiva l'argomentazione logica che, basandosi sui contributi scientifici, deve cercare di rendere organicamente plausibili le valutazioni complessive utili a fondare la decisione.

Da queste considerazioni discende, a parere di chi scrive, una conclusione pressoché necessaria in merito al grado di certezza a cui si può seriamente attingere al termine di un giudizio così complessivamente irto di difficoltà e scientificamente limitato: i risultati raggiunti, infatti, non potranno certamente elevarsi in alcun caso a verità scientifiche sperimentalmente falsificabili o certezze assolute derivanti da precisi calcoli matematici. Piuttosto, e coerentemente con le statuizioni della Corte sul punto, potranno soddisfare la ben più modesta certezza processuale nei tradizionali limiti della elevata credibilità razionale ed oltre il ragionevole dubbio.

Una certezza, in altri termini, espressa esclusivamente sulla base degli elementi acquisiti nel corso dell'istruzione dibattimentale ed in seguito ad un procedimento valutativo dotato sempre e comunque di un ineliminabile margine di discrezionalità in quanto tarato sulla tenuta meramente logico razionale delle argomentazioni⁶⁵.

⁶³ F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1906.

⁶⁴ Cfr. TARUFFO, secondo cui “*spetta al giudice fondare le proprie inferenze fattuali sulle migliori basi conoscitive disponibili nella cultura del suo tempo*”, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, cit., p. 25.

⁶⁵ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147.

Come è stato osservato, se una simile conclusione risulterà certamente inappagante per coloro che avrebbero preferito imporre alle valutazioni giudiziali in materia parametri oggettivi ben più solidi rispetto alle formule sopra ricordate, non deve però indurre a credere che il giudice sia tornato arbitro di sé stesso o che si siano volute avallare formule pigre ed idonee, in quanto tali, a far tornare in auge sentenze fondate in ultima analisi sull'intuizionismo ed il soggettivismo⁶⁶: la valutazione, infatti, *“può avvenire solo in modo rigidamente controllato: il controllo critico può essere costituito solo da una rigorosa, si vorrebbe dire persino ossessiva attenzione ai fatti e ai dettagli quali fattori di superamento di ciò che di astratto, retorico, fumoso può esservi in tale elaborazione concettuale. Questo pare possa essere il più utile promemoria per chi è chiamato a farne uso nella prassi. Quest'esigenza di concretezza e di attenzione ai fatti, d'altra parte, pare possa essere scorta nella recente giurisprudenza di legittimità”*⁶⁷.

Il fatto che il giudice non debba sviluppare dei calcoli per giungere alla dimostrazione matematica delle proprie conclusioni, insomma, non significa che sia tornato libero di fondare le proprie decisioni sul libero arbitrio. Al contrario, la natura logica degli argomenti su cui deve fondare le proprie conclusioni deve permetterne la scomposizione e l'analisi al pari di qualsiasi ragionamento analitico. Ciò che può mancare nelle argomentazioni del giudice, dunque, non è la spiegazione logica del procedimento argomentativo che ha condotto alla elaborazione delle conclusioni, ma la costante – ed impossibile, per le ragioni sopra precisate – aderenza di queste al sapere scientifico.

Il giudice, infatti, dovrà dar conto nella sua motivazione delle regole di giudizio applicate, dei riscontri probatori, delle ipotesi alternative e delle ragioni idonee a destituirle di fondamento e dunque in ultima analisi di tutto ciò che sia emerso in fase processuale e che lo abbia persuaso a propendere per una soluzione a discapito di un'altra. Come è stato efficacemente sintetizzato da Canzio, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio *“pretende dunque percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica in termini*

⁶⁶ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

⁶⁷ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147.

*di certezza processuale, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova*⁶⁸.

Le stesse Sezioni Unite hanno concluso sul punto precisando come *“l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio del giudizio”*.

Analizzando questa proposizione, leggiamo come definizione di ragionevole dubbio l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del riscontro probatorio.

Ciò comporta che ogni qual volta vi siano elementi che diano adito a divergenze ed incompletezze in sede di accertamento, tali da generare un dubbio di per sé ragionevole sulla qualifica processuale dell’imputato, il giudice non potrà che pronunciare una sentenza assolutoria.

Il giudizio, in conclusione, avrà sempre e comunque un margine più o meno ampio di valutazione logica fondata su semplici congetture parzialmente fondate su un sapere scientifico più o meno attendibile: *“è il piano processuale che, richiedendo un approccio valutativo, consente di metabolizzare per così dire la misura di incertezza che occorre dirlo a chiare lettere residua quasi immancabilmente nei giudizi della giurisprudenza nell’ambito della responsabilità medica: il tramite è costituito dal concetto di probabilità logica che, come si è visto, è ontologicamente vago e non consente rigide quantificazioni numeriche”*⁶⁹.

Essendo fondata su un simile accertamento, di conseguenza, la decisione risulta connotata da un *“forte contenuto valutativo, è vaga per eccellenza, sfugge a ogni rigida determinazione quantitativa, manifestandosi con essa il prudente apprezzamento ed il libero seppure non arbitrario convincimento del giudice”*⁷⁰.

⁶⁸ CANZIO, *L’oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.

⁶⁹ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l’inferenza causale*, cit., p. 147

⁷⁰ G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa*, cit.

Tale elaborazione, così come accreditata anche dalla pronuncia delle Sezioni Unite, è andata incontro ad alcuni inconvenienti: da un lato essa viene spesso confusa con la probabilità statistica che invece esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni e una classe di eventi ed è quindi scevra dai contenuti valutativi propri della probabilità logica. Dall'altro lato, proprio l'indicato contenuto valutativo, discrezionale, ha aperto la strada a degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale: si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale: *“ulteriori difficoltà di lettura delle sentenze derivano dal fatto che, dietro la stessa tendenza ormai invalsa nelle corrispondenti motivazioni a fare uso di un linguaggio che vorrebbe essere rigorosamente scientifico come se la causalità penale fosse ridicibile a categoria neutrale o asettica, si nascondono opzioni valutative non esplicitate che assumono nondimeno un ruolo determinante nell'economia della decisione di casi e ne condizionano l'esito in termini di precomprensione. Ma si tratta di una componente soggettivo valutativa ineliminabile (e, per questo, non andrebbe dimenticata)”*⁷¹.

Un problema, come è evidente, fisiologicamente insito in ciascuna decisione, ma particolarmente evidente nell'ambito della responsabilità penale del medico non solo e non tanto per la delicatezza della materia ed il rango dei beni giuridici in gioco, quanto piuttosto per la possibilità di esprimere un confronto critico piuttosto efficace e costante tra il sapere scientifico e le valutazioni finalizzate a contemperare esigenze extrascientifiche e di natura politico criminale: *“l'accertamento giudiziale della causalità, anche quando pretende di utilizzare parametri scientifici, obbedisce pur sempre infatti alla logica di una imputazione, ancorché oggettiva, di responsabilità, con tutte le implicazioni che ne derivano dal punto di vista delle aspettative giuridico sociali di un'imputazione “giusta” o “meritata”.* Da qui, l'impossibilità di pretendere che il giudice, pur nell'utilizzare il modello causale della sussunzione sotto leggi scientifiche oggi in auge nella stessa giurisprudenza, ignori ad esempio che il modo di bilanciare probabilità statistica e probabilità logica implica anche scelte di valore circa il rispettivo spazio da concedere alla tutela del paziente o alle

⁷¹ G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa*, cit., p. 178.

garanzie del medico imputato: è verosimile, piuttosto, che sia proprio questa dimensione assiologica a condizionare in misura non irrilevante l'approccio giudiziale all'accertamento causale”.

4. CERTEZZA, SPIEGAZIONE E PREVISIONE: BREVE ACCENNO ALLA DIFFERENZA TRA GIUDIZI ESPLICATIVI E PREDITTIVI

Le considerazioni che precedono permettono di compiere un passo ulteriore nell'analisi della responsabilità medica ed affrontare la differenza tra giudizi esplicativi e giudizi predittivi.

Si tratta di una distinzione totalmente ignorata dalla Corte, ma ritenuta fondamentale in dottrina per fondare due tipi di accertamenti profondamente diversi a seconda della natura attiva oppure omissiva della condotta⁷².

Nel primo caso, si sostiene infatti, il giudice deve esprimere una valutazione, o meglio spiegare una dinamica realmente esistita tra fenomeni naturalistici ormai esauriti e storicamente verificabili: *“da un lato abbiamo i ragionamenti esplicativi, che guardano al passato. Di fronte ad un accadimento ci si occupa di spiegarne le ragioni, di individuare i fattori che lo hanno generato. Lo storico e l'investigatore sono professionisti che regolarmente compiono questo genere di ragioni. Ma anche il medico è frequentemente chiamato a spiegare gli eventi del passato. Il giudice, a sua volta, sviluppa un ragionamento esplicativo quando, per restare nel contesto che qui ci interessa, si chiede quali siano state le ragioni dello sviluppo di una patologia che ha condotto all'evento illecito oggetto del processo”*⁷³.

Nel secondo caso, si sostiene invece, essendo la condotta omessa *“naturalisticamente un nihil”*⁷⁴, il giudice deve formulare una prognosi, chiedersi *“cosa sarebbe successo se”* nella specifica vicenda oggetto di accertamento si fosse verificata una circostanza che nella realtà non si è verificata.

⁷² F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

⁷³ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 85.

Sulla base di questa premessa, si ricava in via pressoché obbligata la necessità di distinguere l'accertamento tipico delle fattispecie commissive da quello delle fattispecie omissive: mentre infatti nel primo caso si tratterebbe di indagare ciò che è realmente accaduto e dunque empiricamente verificabile per inferirne una effettiva relazione causale, nel secondo si tratterebbe invece di formulare in via del tutto ipotetica, congetturale, un impossibile giudizio causale tra un evento e qualcosa – la condotta omessa – che non è mai esistito.

Nel primo caso, si sostiene, il giudizio può ambire ad una certezza sostanziale ed assoluta perché a) può essere integralmente spiegato scientificamente e b) *“una spiegazione scientifica o è certa oppure non è”*⁷⁵.

Nel secondo caso, invece, si fonda su mere congetture relative a possibili sviluppi futuri del decorso causale e può quindi ambire a valutazioni meramente probabilistiche oppure, al più, ad una certezza soltanto normativa o processuale⁷⁶.

La necessaria conseguenza di queste conclusioni è che l'accertamento relativo a vicende ormai esaurite andrà formulato mediante una chiave valutativa più stringente ed ancorata a solidi parametri scientifici, mentre quello prognostico potrà essere ricondotto alla lettura unitaria di certezza meramente processuale delineata dalla Corte: *“l'ipotesi della causalità cosiddetta attiva è formulata adottando una prospettiva ex post in funzione esplicativa, mentre quella della causalità omissiva è formulata sulla base di una prospettiva ex ante a carattere prognostico. Detto diversamente, ciò che incide sul paradigma del giudizio di accertamento non è il mero fatto che si formuli un'ipotesi, bensì la prospettiva e la struttura del giudizio che si adotta, e non c'è dubbio che rispetto alla causalità attiva questa prospettiva*

⁷⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁷⁶ Cfr. F. VIGANÒ, secondo cui *“La radicale diversità di struttura tra il giudizio di causalità tra azione ed evento e la c.d. “causalità omissiva”, oggetto della seconda tesi, dopo essere stata enunciata dalla dottrina italiana già negli anni ottanta è divenuta d'altra parte sempre più evidente man mano che si è approfondita la riflessione sul nesso causale, ad opera dell'interazione singolarmente feconda tra dottrina e giurisprudenza cui si è assistito nell'ultimo decennio. Tale riflessione ha ormai consentito di ben focalizzare la diversità di struttura logica dei due giudizi: non solo per il carattere “doppiamente ipotetico” della “causalità omissiva”, quanto soprattutto perché - ancora più radicalmente - il giudizio sul nesso causale tra un'azione ed un evento, lungi dall'aver struttura “ipotetica”, mira a spiegare la realtà (id est, a chiarire se una determinata condotta abbia avuto un ruolo nella dinamica che ha condotto alla verifica di un dato evento), mentre il giudizio sulla “efficacia impeditiva” dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento costituisce una pura prognosi su come il decorso causale reale sarebbe stato modificato nell'ipotesi in cui l'imputato avesse compiuto l'azione doverosa”*, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

*sia ex post con funzione esplicativa e non, come accade per l'omissione, ex ante, con funzione predittiva. Anzi, a ben vedere, ed a rigore, si deve riconoscere che nel momento in cui si adotta il paradigma nomologico deduttivo, il giudizio di eliminazione mentale finisce per essere del tutto pleonastico, limitandosi a riaffermare l'invito già raggiunto con una ricostruzione del nesso in termini esplicativi da una prospettiva ex post. Ma se le cose stanno così, c'è da chiedersi allora se rispetto all'azione, e quindi al paradigma nomologico deduttivo con funzione esplicativa, la certezza che viene in gioco sia davvero di grado inferiore. La risposta sembra essere negativa, visto che una spiegazione scientifica o è certa oppure non è*⁷⁷.

Ebbene, a parere di chi scrive l'impostazione appena esaminata commette il duplice errore di sopravvalutare, nella distinzione tra azione ed omissione, il ruolo giocato dal dato empirico, naturalistico, fenomenicamente percepibile, ed in secondo luogo di ripercorrere i medesimi argomenti già spesi dalle due concezioni della certezza assoluta e di grado inferiore che, in base a quanto visto fino ad ora e quantomeno a parere di chi scrive, non paiono del tutto condivisibili.

Per quanto riguarda il primo argomento, innanzitutto, la natura immateriale della condotta omissiva non le impedisce, per ciò solo, di esprimere una efficacia condizionante rispetto all'evento concretamente verificatosi⁷⁸. Come è stato ampiamente illustrato da autorevole dottrina, infatti, anche l'omissione esprime una vera e propria efficacia condizionante rispetto all'evento: *“il permanere di una cosa, di una persona, di una relazione – in generale: di una situazione nello status quo antea – assume rango di condizione necessaria con pari dignità al mutare, al*

⁷⁷ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

⁷⁸ Cfr. sul punto M. DONINI, secondo cui *“nella versione le cui radici teoriche risalgono alle impostazioni di John Stuart Mill, Julius Glaser e Maximilian von Buri, se la causa in senso pieno è data dalla somma delle numerose condizioni che convergono a determinare l'evento, sono giuridicamente "cause" le condizioni che se si "eliminano mentalmente" dal decorso reale fanno venir meno l'evento (poiché è la loro presenza ad averlo condizionato), così come lo sono quelle che fanno venir meno l'evento se si "aggiungono mentalmente" al decorso reale (perché è la loro assenza ad aver condizionato l'evento). Le une (condizioni positive) "equivalgono" alle altre (condizioni negative) a livello causale, né si discute più di cause "efficienti" quale criterio decisivo di rilevanza: trova qui una adeguata soluzione epistemologica, oltre alla "equicausalità" dei contributi nel concorso di persone nel reato (più o meno "efficienti", decisivi o agevolatori), anche la causalità dell'omissione, che per quanto sia un "controfattuale", una causalità ipotetica, mentale o logica, si inquadra perfettamente nella teoria della condicio sine qua non”*, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494.

divenire, rispetto allo status quo, di questi stessi elementi. Il 'permanere', in quanto processo statico, condizione di staticità, rende incompatibile e quindi di fatto impedisce un antitetico 'divenire' che porterebbe giocoforza allo sviluppo di un processo causale diverso. L'evento realizzatosi, una volta concettualizzato come espressione (come prodotto) del processo causale hic et nunc sviluppatosi, include quella statica (il permanere dell'agente nello stato di inerzia rispetto alla condotta pretesa dall'ordinamento) fra le condizioni necessarie del processo causale stesso. Sostituendosi mentalmente, infatti, al processo statico un antitetico processo dinamico da parte dell'agente (la condotta attiva doverosa), l'evento mancherebbe o sarebbe diverso. L'effetto condizionante: il tasso di ipoteticità del sillogismo che così si imposta non è maggiore né diverso da quello di un sillogismo relativo alla causalità attiva, ed è esclusivamente dovuto al modello euristico c.d. 'di eliminazione mentale' nell'uno come nell'altro caso adottato"⁷⁹.

La realtà, in altri termini, è frutto tanto dell'essere, quanto del non essere. Esprimere un giudizio condizionalistico fondato sui soli dati fenomenicamente percepibili, dunque, significa esprimere un giudizio condizionalistico parziale e dunque inattendibile al pari di quello che si otterrebbe selezionando solo alcuni tra i dati fenomenicamente percepibili.

In secondo luogo, non pare del tutto chiara la distinzione netta, ontologica, tra la certezza attingibile dall'accertamento attivo rispetto a quello omissivo.

Se anche si volesse condividere la distinzione tra la portata reale dell'azione e del relativo giudizio, volto ad indagare ciò che è realmente accaduto, e quella solo logica della omissione, espressa mediante giudizi predittivi finalizzati a valutare i possibili sviluppi futuri di un determinato accadimento, non si capisce perché i risultati della prima dovrebbero essere sempre e necessariamente più certi rispetto ai secondi.

Il doppio assunto che fonda la differenza tra i due tipi di giudizi, per cui a) solo l'accertamento esplicativo può avere natura scientifica e b) "una spiegazione scientifica o è certa oppure non è" evoca un'idea di certezza "oggettiva" fondata sulla possibilità di indagare in chiave deduttiva sviluppi causali realmente verificatisi molto simile a quella chimera vagheggiata dalla concezione della certezza assoluta severamente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la visione fideistica nei

⁷⁹ C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 825 ss.

confronti della scienza su cui si basava: come è stato ampiamente detto fino ad ora, infatti, la scienza semplicemente non è sempre in grado di offrire risposte certe in merito alla esatta ricostruzione di un decorso causale. Inoltre, i dati a disposizione per ipotizzare il ricorso ad un specifica legge scientifica sono spesso del tutto parziali o contraddittori. Una spiegazione scientifica, dunque, può eccome essere incerta. Il fatto stesso che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nell'ambito della responsabilità medica si alimenti ormai da decenni sul margine di certezza che deve connotare l'indagine processuale dimostra, a parere di chi scrive, che la scienza non è stata fino ad ora in grado di fornire quelle risposte così chiare, oggettive ed assolute vagheggiate dall'orientamento sopra ricordato.

Il ragionamento logico, di conseguenza, può ed anzi deve imporsi come momento ulteriore ed obbligato in tutti i casi in cui la scienza non riesca da sola a concludere l'intera indagine causale mediante le proprie leggi ed i propri criteri di accertamento. Inoltre, ed a differenza di quanto è stato sostenuto, i giudizi predittivi possono certamente assumere una connotazione scientifica. Come è stato precisato, infatti, *“tali ragionamenti sono frequenti nell'ambito scientifico, sia in quello sperimentale che in quello applicativo. Infatti la predittività costituisce il fondamentale connotato che caratterizza la legge scientifica e tale attitudine viene quindi sperimentalmente controllata proprio producendo e controllando previsioni. D'altra parte, la utilizzazione delle leggi scientifiche avviene in campo pratico producendo previsioni, con un ragionamento deduttivo che proietta sui casi concreti le informazioni causali che la legge stessa esprime. Questo genere di ragionamento compie, ad esempio, il medico che formula la prognosi ma anche il giudice quando si trova chiedersi cosa sarebbe accaduto se un'azione fosse mancata o se, al contrario, fosse stato tenuto un comportamento richiesto dall'ordinamento: si tratta di ragionamenti contro fattuali che riguardano ad esempio la causalità o la cosiddetta causalità della colpa”*⁸⁰.

⁸⁰ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147. Cfr. sul punto anche L. MASERA, secondo cui *“nei modelli epistemici di marca neo positivista o popperiana, entrambi contraddistinti dal riconoscimento della natura oggettiva del dato empirico e dalla possibilità di confermare (o falsificare) una teoria sulla base dei risultati dell'osservazione, l'elemento decisivo nella valutazione dell'affidabilità di un'ipotesi teorica è la sua capacità predittiva: la teoria A è migliore di B se permette di prevedere fenomeni, che B non consentiva di prevedere. Utilizzando le parole di uno dei maggiori pensatori neo positivisti, ‘una spiegazione di un fenomeno può reputarsi scientificamente valida solo ove consenta (almeno potenzialmente, cioè a prescindere dalle concrete difficoltà di una verifica sperimentale) di prevedere ciò che accadrà in casi simili in futuro’*. E ancora: *“la formulazione di previsioni è al contempo il modo più onesto di sottoporre una teoria al*

E ancora: “la formulazione di previsioni è al contempo il modo più onesto di sottoporre una teoria al vaglio dell’esperienza, e la caratteristica di un asserto ‘scientifico’: è più onesta, perché – al contrario della spiegazione di un fenomeno passato – non lascia spazio a tentativi di salvare la teoria sottoposta a controllo mediante il ricorso ad artifici dialettici (le c.d. spiegazioni ad hoc); ed è un tratto peculiare della scienza, perché consente quella modificazione della realtà esterna secondo i desideri dell’uomo che costituisce il motivo più importante della nostra fiducia nel metodo scientifico. Nella prassi della ricerca scientifica, poi, la centralità della capacità predittiva di un’asserzione teorica è fuori discussione. Immaginiamo una teoria che sia capace di spiegare gli avvenimenti del passato, ma non di prevedere quelli del futuro: in mancanza di capacità predittiva, non potremmo che considerare inaffidabile tale teoria e riconoscere che le spiegazioni che essa fornisce possono al più risultare persuasive, ma non possono ritenersi empiricamente fondate, dal momento che il vero banco di prova della validità in una generalizzazione empirica è la sua utilizzabilità per la previsione dei fenomeni”⁸¹.

Alla luce di queste considerazioni, e per concludere in punto di certezza, si ritiene che il grado di affidabilità di un accertamento non dipenda fisiologicamente, ontologicamente, dalla natura attiva oppure omissiva della condotta, ma esclusivamente dalla quantità di informazioni acquisibili e dagli strumenti cognitivi a disposizione.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui venga ricoverato al pronto soccorso un paziente che, dopo un sinistro stradale, necessiti con urgenza di una trasfusione per la ingente quantità di sangue persa nel tragitto in ambulanza. Ora, a parere di chi scrive risulta evidente che a seconda della quantità di informazioni

vaglio dell’esperienza, e la caratteristica di un asserto ‘scientifico’: è più onesta, perché – al contrario della spiegazione di un fenomeno passato – non lascia spazio a tentativi di salvare la teoria sottoposta a controllo mediante il ricorso ad artifici dialettici (le c.d. spiegazioni ad hoc); ed è un tratto peculiare della scienza, perché consente quella modificazione della realtà esterna secondo i desideri dell’uomo che costituisce il motivo più importante della nostra fiducia nel metodo scientifico. Nella prassi della ricerca scientifica, poi, la centralità della capacità predittiva di un’asserzione teorica è fuori discussione. Immaginiamo una teoria che sia capace di spiegare gli avvenimenti del passato, ma non di prevedere quelli del futuro: in mancanza di capacità predittiva, non potremmo che considerare inaffidabile tale teoria e riconoscere che le spiegazioni che essa fornisce possono al più risultare persuasive, ma non possono ritenersi empiricamente fondate, dal momento che il vero banco di prova della validità in una generalizzazione empirica è la sua utilizzabilità per la previsione dei fenomeni”, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 496.

⁸¹ *Ibidem*, p. 497.

concretamente a disposizione per contestualizzare una vicenda del genere è possibile stabilire in termini solo genericamente probabilistici oppure di appagante certezza processuale il possibile esito che avrebbe avuto un tempestivo intervento del medico responsabile. Nel caso in cui non si sappia pressoché nulla in merito alle condizioni di salute del paziente, all'età, alla dimensione dell'emorragia, agli organi coinvolti, alla quantità di sangue perso, al tempo trascorso dall'evento che ha cagionato l'emorragia, l'efficacia salvifica della trasfusione potrà essere espressa in termini solo genericamente probabilistici o risultare persino impossibile. Al contrario, qualora tutte le informazioni sopra descritte siano note e la situazione complessiva sia annoverabile tra quelle tipiche e ampiamente approfondite nella scienza medica, sarà molto probabilmente possibile raggiungere un risultato appagante circa l'incidenza della condotta del medico.

Ragionare diversamente, e dunque escludere a priori la possibilità di formulare un giudizio certo circa lo sviluppo del decorso causale, stante la natura predittiva e dunque solo ipotetica della valutazione, significa ignorare paradossalmente proprio il contributo che la scienza permette di offrire in un caso del genere per spiegare come, constatata la presenza di un certo quantitativo di sangue nell'organismo, un paziente possa rimanere in vita solo se entro un certo quantitativo di tempo gli venga somministrato un certo quantitativo di sangue.

Alla luce delle considerazioni sin qui espresse, dunque, l'orientamento sopra esaminato pare avere commesso il triplo errore di 1) sopravvalutare l'apporto scientifico nei giudizi esplicativi, 2) sottovalutarlo nei giudizi predittivi e conseguentemente 3) relegare il ragionamento logico a momento tipico soltanto di questi ultimi per la certezza di grado inferiore, normativa o processuale che l'assenza di scientificità determinerebbe.

La spiegazione di un decorso causale può essere corroborata dal sapere scientifico indipendentemente dalla natura esplicativa o predittiva dell'accertamento. Certamente la natura ipotetica del giudizio predittivo potrà implicare un ricorso più ampio al ragionamento logico, ma senza che per questo i risultati siano necessariamente connotati sempre e comunque da una certezza di grado inferiore a quella tipica dei giudizi esplicativi: *“insomma, le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere superate nel crogiolo del giudizio*

focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando esso può essere espresso in termini di elevata probabilità logica”, indipendentemente dalla natura esplicativa o predittiva del giudizio.

Sul punto, dunque, si ritiene di potere concludere nel senso che l’indagine penale si muove sempre in una dimensione che, pur ispirata alla realtà naturalistica, rimane comunque processuale. Il giudice, in altri termini, dovrà certamente cercare di acquisire la maggior parte di dati esperienziali relativi ad un fatto, ma una volta che avrà terminato la fase istruttoria nei limiti delle proprie possibilità, il patrimonio di informazioni così processualmente delimitato circoscriverà il complessivo ambito del sapere entro cui potrà esprimere le sue valutazioni. Il nesso di causalità che occorrerà indagare, pertanto, non sarà quello effettivamente esistito, ma quello – probabilmente molto diverso – che il giudice sarà riuscito a ricostruire con i limitati strumenti a sua disposizione: *“altrettanto significativa, in certo senso come due facce della stessa medaglia, è la valorizzazione dell’ottica processuale quale base epistemologica della causalità penalmente rilevante; ciò sino al punto di rendere sfumati i confini, se non di annullare la stessa possibilità di distinzione tra concetto sostantivo e prova della causalità in giudizio”*⁸².

Il metodo di accertamento, coerentemente a quanto detto fino ad ora, non coinciderà poi con la mera ricognizione passiva ed asettica di ciò che è accaduto realmente, ma sarà invece il frutto di ipotesi, congetture, supposizioni fondate su qualunque elemento disponibile ed anche solo minimamente utile ad esprimere una valutazione plausibile. In quest’ambito, la scienza esprimerà una funzione importante, ma pur sempre ancillare al più ampio ragionamento logico.

Sulla base di queste considerazioni, non risulta appagante a parere di chi scrive la distinzione fondata su una non meglio precisata dimensione ontologica entro cui si muoverebbe l’accertamento delle fattispecie attive, rispetto a quella normativa che

⁸² G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa*, cit. Vedi anche M. TARUFFO, secondo cui *“il principio del libero convincimento del giudice è affermato all’art. 192 c.p.p., a norma del quale ‘il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati’. Al secondo comma la disposizione aggiunge che ‘l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi non siano gravi precisi e concordanti’. Non vi sono quindi gerarchie processuali delle fonti di prova, qualsiasi elemento probatorio, legittimamente acquisito, può contribuire alla formazione del convincimento del giudice. Sarà poi attraverso la motivazione delle sentenza che si potrà controllare e quindi ripercorrere l’iter logico compiuto dal giudice nella ricostruzione dei fatti”*, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, cit., p. 30. Sul punto anche T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a “nuvole ed orologi”*: *osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3661 ss.

connoterebbe le fattispecie omissive: in entrambi i casi, infatti, al giudice è attribuito il difficile ed identico compito di ipotizzare ex post, ed in via del tutto congetturale, ipotetica, probabilistica ciò che dovrebbe essere esistito – fattispecie commissiva – oppure ciò che sarebbe dovuto esistere – fattispecie omissiva –.

PARTE II

CAPITOLO I

L'IMPIEGO DELLA NUOVA CERTEZZA PROCESSUALE NELL'ACCERTAMENTO CAUSALE: LE PERPLESSITÀ DELLA DOTTRINA

Una volta chiarita la definizione della certezza che, quantomeno a parere di chi scrive, deve essere impiegata come parametro di attendibilità di qualsiasi valutazione giudiziale, è opportuno analizzare le svariate critiche dottrinali⁸³ che l'impostazione metodologica della sentenza Franzese ha suscitato in merito all'ambito più dibattuto della responsabilità penale del medico: la causalità⁸⁴.

⁸³ Svariate, però, sono stati anche gli apprezzamenti. Si veda, a mero titolo esemplificativo, R. BLAIOTTA, secondo cui “*ed è verosimilmente questa impressione di equilibrio che ha finito con l'accreditare la sentenza Franzese come un punto di riferimento fondamentale, se non proprio come un approdo definitivo*”, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 147.

⁸⁴ Le reazioni dottrinali a questa fondamentale sentenza sono le più varie, si passa infatti da grandi apprezzamenti a critiche velate, a fraintendimenti e manipolazioni argomentative. Ciascun giurista sembra interpretare a modo suo quanto scritto dalle Sezioni Unite; i giudici di merito si avvalgono di complesse argomentazioni che sembrano non tradire quanto espresso dalla Corte per poi concludere in maniera totalmente difforme. Molti autori definiscono la sentenza Franzese ancorata a criteri di certezza. Si veda, a mero titolo esemplificativo, F. CENTONZE, secondo cui la Corte ha deciso di seguire l'orientamento minoritario, interno alla quarta sezione, richiedente probabilità di successo dell'azione impeditiva omessa prossime alla certezza. In questa prospettiva la sentenza Franzese non sembra quindi essere molto innovativa, in quanto ripercorrerebbe principi già espressi in sentenze precedenti. Analoga opinione è espressa da D'ALESSANDRO, secondo il quale la Corte, esigendo una verifica probatoria particolarmente ardua per le leggi scientifiche con coefficienti percentualistici medio- bassi, in sostanza ammetterebbe l'utilizzo di sole leggi di copertura con elevati coefficienti probabilistici. Se la prova infatti risulta raggiungibile solo qualora vengano impiegate leggi scientifiche con coefficienti prossimi a 100, la sentenza ripercorrerebbe in realtà la via già tracciata dai sostenitori della teoria della certezza.

Le problematiche delineate dalla dottrina possono essere schematicamente ricondotte entro tre categorie strettamente connesse l'una all'altra: la prima è di carattere terminologico ed è riconducibile alla scuola di Federico Stella⁸⁵, la seconda riguarda la pratica applicabilità della esclusione di possibili spiegazioni causali alternative, mentre la terza e più articolata ha ad oggetto l'assimilazione in un modello unitario dell'accertamento relativo alle fattispecie commissive e di quello relativo alle fattispecie omissive.

Vediamole in dettaglio.

1. LA OBIEZIONE TERMINOLOGICA DI FEDERICO STELLA ALLA DEFINIZIONE DEL CONCETTO DI PROBABILITÀ LOGICA

Il primo ordine di critiche è stato elaborato da Federico Stella.

L'autore rivendica a sé l'importazione – risalente ad una sua analisi dei lavori di Carnap del 1975⁸⁶ – dei concetti di probabilità logica e credibilità razionale dall'ambito scientifico a quello giuridico e denuncia l'uso improprio che ne è stato fatto dalla Corte⁸⁷: entrambe le espressioni, infatti, sono state coniate nella sede loro propria per esprimere il risultato derivante dalla applicazione di leggi dotate di coefficiente statistico prossimo ad uno: “*gli studiosi di matematica applicata al*

⁸⁵ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 961.

⁸⁶ L'opera di Carnap cui Stella si riferisce è uno scritto del 1971, intitolato *I fondamenti filosofici della fisica*. Lo scritto di Stella del 1975 è invece *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975. Interessanti alcuni passaggi dell'Autore sul punto: “*il concetto di probabilità logica o probabilità razionale è stato profondamente snaturato e indebitamente manipolato ad opera di numerosissimi giudici penali che lo hanno utilizzato. Si tratta di una nozione che ha fatto ingresso nel linguaggio penalistico con la mia opera del 1975: sviluppando l'analisi di Carnap, avevo sottolineato la necessità di distinguere la probabilità statistica, come concetto scientifico che dipende da ricerche empiriche, dalla probabilità logica che è particolarmente utile in enunciati che riguardano le leggi della scienza. Precisavo allora che 'quando si parla di ipotesi statistiche, ci si riferisce ad ipotesi che esprimono una relazione quantitativa tra generi di eventi ripetibili; quando si parla di ipotesi scientifiche più o meno logicamente probabili si vuole invece alludere ad ipotesi universali o statistiche che godono di un grado di conferma più o meno elevato e che perciò sono appunto razionalmente credibili. La probabilità logica o probabilità razionale coincideva, dunque, nel pensiero di Carnap e mio, con il grado di conferma di una legge (ipotesi scientifica) offerto dal suo sostegno teorico e dai controlli costituiti dall'osservazione e dall'esperimento, controlli che devono essere numerosi ed eterogenei'*”, F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1921.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1910.

processo penale che hanno cercato di spiegare in termini quantitativi il significato di 'prova oltre il ragionevole dubbio' – ha puntualizzato l'Autore sul punto – 'generalmente richiedono una probabilità ex post superiore ad una soglia molto vicina ad 1. Il recente studio di Frosini ha dimostrato che per quanto diverse persone possano dare diverse interpretazioni dei termini 'probabilità molto elevate, pratica certezza, probabilità molto bassa e simili, sembra comunque da escludere che si possa parlare di certezza se la probabilità in questione è minore di 0,99; sembra anzi più ragionevole spostare tale probabilità almeno a 0,999...ciò significa, seguendo l'impostazione di Ney-Pearson, che la probabilità dell'errore di prima specie (condannare un individuo quando è innocente) dovrebbe essere adeguatamente bassa, ad esempio inferiore a 0,001 (ovvero 1 su 1.000). quando la posta in gioco è molto elevata (colpevolezza o innocenza dell'imputato), il criterio del giudizio – osserva Frosini – dovrebbe fondarsi proprio su queste probabilità ex post. Se l'importanza della posta in gioco è molto elevata, anche nel processo civile si richiederà la pratica certezza, cioè una probabilità ex post superiore al 99%; così per l'attribuzione di un profilo di DNA ad una data persona, ai fini della dichiarazione giudiziale della paternità naturale, secondo la Corte Suprema italiana è necessario 'un grado di probabilità che, alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche, supera normalmente il 99%'”⁸⁸.

Impiegando i concetti in discussione per giustificare paradossalmente il ricorso a tecniche argomentative diverse da quelle scientifiche al fine di raggiungere un risultato appagante non già dal punto di vista sostanziale o scientifico, ma logico e processuale, la Corte le avrebbe dunque svuotate del loro significato matematico per legittimare decisioni fondate sul libero convincimento del giudice in omaggio al principio “*auctoritas, non veritas facit iudicium*”⁸⁹.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 1911.

⁸⁹ F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1910.

2. LA OBIEZIONE AL RUOLO ASSOLTO DALLE SPIEGAZIONI ALTERNATIVE

Il secondo ordine di critiche si fonda sulla supposta contraddizione, nelle argomentazioni della Corte, tra la legittimazione delle leggi meramente statistiche come strumento cognitivo per la imputazione dell'evento alla condotta del medico e la necessità di escludere contemporaneamente possibili spiegazioni causali alternative al di là di ogni ragionevole dubbio.

Come ricordato, infatti, il percorso logico seguito dalle Sezioni Unite si compone di una struttura bifasica articolata nella previa individuazione di una legge scientifica di copertura anche a basso contenuto statistico, successivamente *“corroborata dalla verifica della causalità individuale mediante il giudizio ex post di esclusione dei decorsi alternativi”*⁹⁰.

In base alla pronuncia della Corte, insomma, l'affidabilità di un singolo accertamento non si fonda tanto sull'indice frequentista offerto dalla legge scientifica idonea a collegare i fattori causali, quanto piuttosto sul confronto tra la spiegazione offerta dalla legge in esame ed eventuali ipotesi causali alternative secondo il c.d. metodo della falsificazione popperiana⁹¹: i fattori indagati, *“se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza, nel caso di specie, di altri fattori interagenti in via alternativa, possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento”*⁹².

Una fase “negativa” della verifica eziologica, insomma, finalizzata a fondare il ricorso ad una legge scientifica mediante la ricerca di elementi che possano smentirla⁹³.

Si tratta, come è evidente, di un metodo bifasico particolarmente efficace soprattutto nelle ipotesi – la maggior parte – in cui i dati della realtà non conducono in via

⁹⁰ T. MASSA, *Le Sezioni Unite davanti a nuvole ed orologi: osservazioni sparse sul principio di causalità*, cit., p. 3661 ss.; NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4296 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, cit.

⁹¹ Cfr. F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1893.

⁹² G. IADECOLA, *La causalità dell'omissione nella responsabilità medica prima e dopo le Sezioni Unite "Franzese"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 4-5, 699.

⁹³ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32. Cfr. anche D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812.

pressoché obbligata alla formulazione di un solo decorso causale e lasciano così residuare dubbi circa l'effettivo fondamento della tesi accusatoria.

In casi del genere, è evidente che per la tenuta logica, razionale, dell'argomentazione causale, a fronte dei dati probabilistici relativi alla inferenza causale ipotizzata, può essere determinante la prova della mancanza di ulteriori spiegazioni causali altrettanto plausibili: se i tentativi di fondare ricostruzioni eziologiche alternative falliscono, insomma, si rafforzano per esclusione e dunque in chiave logica le probabili conclusioni raggiunte in merito alla propria.

Ebbene, secondo una parte della dottrina la Corte avrebbe imposto, con questo passaggio, la prova diabolica consistente nella esclusione di tutte le spiegazioni alternative *possibili ed immaginabili* rispetto a quella ipotizzata.

L'accusa, cioè, sarebbe stata gravata dell'onere di dimostrare la implausibilità di tutti i possibili decorsi alternativi astrattamente concepibili. Per ciascun accertamento, dunque, dovrebbe prima immaginare tutte le modalità per giungere a quello specifico evento diverse rispetto a quella ipotizzata, e dimostrare poi per ciascuna di esse ed al di là di ogni ragionevole dubbio le ragioni per cui non sarebbe sostenibile.

Due le immediate conseguenze di una simile interpretazione: dal punto di vista processuale, si sarebbe imposto un onere probatorio semplicemente impossibile da assolvere non solo per le evidenti difficoltà fisiologicamente insite in un simile accertamento, ma soprattutto perché – come già accennato – molto spesso la scienza è in grado di spiegare solo una parte dei possibili decorsi causali. In tutti questi casi, dunque, non essendo materialmente disponibile un patrimonio di conoscenze scientifiche utile a dominare il ventaglio di tutte le possibili spiegazioni, l'esito assolutorio del processo sarebbe pressoché obbligato.

Dal punto di vista sostanziale, invece, la strada percorsa dalle Sezioni Unite condurrebbe alle medesime conclusioni della concezione della c.d. certezza assoluta da cui la stessa pronuncia ha esplicitamente preso le distanze: pretendendo di colmare il dato percentuale lasciato scoperto dalla legge statistica (corrispondente, ad esempio, al 70% in una legge dotata di un coefficiente pari al 30%) mediante la prova della inesistenza di tutti gli altri possibili decorsi, si imporrebbe il raggiungimento di quella certezza matematica – 100% – che come si è cercato di

spiegare fino ad ora e la stessa Franzese ha lungamente dimostrato, semplicemente non esiste⁹⁴.

Per concretizzare le obiezioni appena esposte si pensi alla esposizione al gas CVM.

La scienza è giunta ad individuare tre possibili cause del particolare tumore al fegato denominato angiosarcoma⁹⁵: l'esposizione al gas CVM, l'assunzione di derivati dell'arsenico e il contatto con il biossido di torio. Le tre cause insieme, però, spiegano soltanto il 20% dei casi clinici attualmente diagnosticati. Seguendo il ragionamento delle critiche mosse dalla dottrina, sarebbe pressoché impossibile condannare il datore di lavoro che abbia esposto i suoi lavoratori ad esalazioni di CVM, perché lo stato delle attuali informazioni disponibili in materia permette di conoscere solo una parte, peraltro molto modesta, delle possibili cause che originano l'angiosarcoma e dunque, dovendole escludere necessariamente tutte per assecondare le esigenze probatorie imposte dalla Corte, anche in questo caso l'esito assolutorio sarebbe sempre pressoché obbligato⁹⁶.

Alla luce di queste considerazioni, l'orientamento in esame sostiene che la previsione di un simile onere probatorio avrebbe tradito la preferenza della Corte per la tutela *“degli esclusivi interessi della classe medica, a discapito di beni fondamentali quali la vita e l'integrità fisica”*.

⁹⁴ Cfr., a mero titolo esemplificativo, R. Bartoli, secondo cui *“così, ad esempio, ci si potrà basare su una legge del 30% se si è in grado di escludere l'altro 70%. Se invece ci si basa su una legge del 30% e si è in grado di escludere il 50% di un decorso alternativo, ma residua un 20% ignoto, mi pare difficile potere imputare l'evento, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale”*, R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

⁹⁵ Per una molteplicità di esempi sul punto, cfr. F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1893.

⁹⁶ D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, cit., p. 4812. Alle stesse conclusioni giunge anche ROMANO, in *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, p. 891.

3. LA OBIEZIONE ALLA CONCEZIONE UNITARIA DEL MODELLO CAUSALE ATTIVO E DI QUELLO OMISSIVO

La terza e sicuramente più efficace critica mossa all'impostazione delineata dalla sentenza Franzese in punto di causalità attiene alla assimilazione in un unico modello di accertamento di due giudizi che sarebbero invece completamente diversi ed inconciliabili: quello tipico delle condotte attive e quello tipico delle condotte omissive.

Il dato di partenza è che *“la radicale diversità di struttura tra il giudizio di causalità tra azione ed evento e la c.d. causalità omissiva, dopo essere stata enunciata dalla dottrina italiana già negli anni ottanta è divenuta d'altra parte sempre più evidente man mano che si è approfondita la riflessione sul nesso causale, ad opera dell'interazione singolarmente feconda tra dottrina e giurisprudenza cui si è assistito nell'ultimo decennio. Tale riflessione ha ormai consentito di ben focalizzare la diversità di struttura logica dei due giudizi: non solo per il carattere ‘doppiamente ipotetico’ della ‘causalità omissiva’⁹⁷, quanto soprattutto perché - ancora più radicalmente - il giudizio sul nesso causale tra un'azione ed un evento, lungi dall'aver struttura ‘ipotetica’, mira a spiegare la realtà (id est, a chiarire se una determinata condotta abbia avuto un ruolo nella dinamica che ha condotto alla verifica di un dato evento), mentre il giudizio sulla ‘efficacia impeditiva’ dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento costituisce una pura prognosi su come il decorso causale reale sarebbe stato modificato nell'ipotesi in cui l'imputato avesse compiuto l'azione doverosa”⁹⁸.*

La causalità attiva, in altri termini, è *reale* perché la condotta si è certamente consumata in un dato momento storico e dunque rispetto ad essa è necessario e sufficiente indagarne la eventuale rilevanza nella successione di accadimenti che ha portato alla verifica dell'evento.

⁹⁷ Vedi in particolare, sul punto, C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 821 ss.

⁹⁸ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

Nell'omissione, invece, la condotta omessa può essere, in quanto tale, solo ipotizzata⁹⁹. Di conseguenza, il relativo giudizio volto a stabilire una eventuale relazione tra questa e l'evento può essere formulato solo in termini interrogativi¹⁰⁰. Ciò che si deve indagare, cioè, non è ciò che è effettivamente accaduto, ma ciò che sarebbe accaduto se il medico avesse agito anziché restare inerte: *“il giudizio sulla causalità che avvinca due accadimenti è evidentemente un giudizio (...) che spiega come sono andate realmente le cose, e perché si sia prodotto un certo evento. Mentre quando ci chiediamo come sarebbero andate le cose se un soggetto avesse compiuto una certa azione (che nella realtà non ha compiuto), stiamo operando altrettanto evidentemente una prognosi su come una certa modifica della realtà avrebbe - verosimilmente - mutato i decorsi causali già in corso di svolgimento, facendo andare le cose diversamente da come sono in effetti andate”*¹⁰¹.

In quest'ultimo caso, dunque, il giudizio avrà portata eminentemente *logica e normativa*¹⁰², in quanto sarà volto non già ad accertare cosa è accaduto, ma cosa

⁹⁹ R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1189 e P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1970 ss.

¹⁰⁰ Cfr., a mero titolo esemplificativo C. A. PALIERO, secondo cui *“parlare di causalità nell'omissione significa a prima vista predicare l'efficacia del nulla: come vantare appunto, alla stregua di correnti prototipi di ossimoro, la luminosità del buio o il calore del ghiaccio”*, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 821.

¹⁰¹ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679. Cfr. sul punto anche L. MASERA, secondo cui *“ciò che distingue la causalità attiva da quella omissiva è il carattere non reale, ma ipotetico di uno dei due termini (la condotta omessa) della relazione causale. Non si tratta, quindi, di valutare il rapporto sussistente tra due fenomeni naturalisticamente pregnanti (la condotta attiva e l'evento), ma di instaurare una relazione tra un dato fisico (l'evento) e un termine privo di substrato materiale (l'azione doverosa che non è stata compiuta, e che dunque non è entrata a fare parte del reale decorso causale che ha prodotto l'evento). essendo estranea al mondo dei fatti, l'azione omessa non ha diritto di cittadinanza in quel giudizio di eliminazione dei decorsi alternativi, che caratterizza la causalità attiva, e che si basa proprio sulla considerazione a posteriori di tutti i fattori che hanno contribuito nel caso concreto a cagionare l'evento. quando si tratta di vagliare l'efficacia eziologica di un fattore di rischio positivo, il giudice può ricavare dall'assenza di altri fattori idonei la conclusione che proprio la condotta dell'imputato ha concretamente cagionato l'evento. Ma nel caso del medico che omette la terapia, una volta individuato con ragionevole certezza il processo morboso che ha cagionato la morte del paziente, si deve valutare se una condotta meramente ipotetica, che non è intervenuta nel decorso causale, avrebbe potuto impedire la verifica dell'evento”*, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 499.

¹⁰² C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 822.

sarebbe accaduto se il soggetto agente si fosse attenuto alle prescrizioni impartitegli dall'ordinamento¹⁰³.

In base a questa constatazione, l'orientamento in esame si articola a sua volta in due posizioni molto diverse: la prima, già sommariamente esaminata nel capitolo precedente, si concentra esclusivamente sul grado di affidabilità che ciascun accertamento può garantire e conclude per la loro irriducibilità al modello unitario di certezza processuale proposto da Franzese; la seconda, invece, ispirandosi alla dottrina tedesca¹⁰⁴, propone un ripensamento radicale della struttura del reato omissivo.

Data la complessità di ciascuna posizione, risulta opportuno esaminarle separatamente.

3.1. LA POSIZIONE DOTTRINALE DI ROBERTO BARTOLI

Secondo il primo orientamento citato, la diversa natura della causalità attiva ed omissiva esprime efficacia esclusivamente sul piano della affidabilità dei risultati a cui i rispettivi accertamenti possono ambire.

Nel caso in cui l'indagine abbia ad oggetto una condotta attiva, l'accertamento si distingue a sua volta in due fasi: nella prima si valuta l'idoneità della legge di copertura a spiegare il decorso causale ipotizzato secondo un modello rigorosamente nomologico deduttivo; il sapere scientifico, dunque, assolve alla funzione epistemologica che gli è propria, fornendo al giudice gli strumenti per capire ciò che è *veramente* accaduto ed inferirne conclusioni *empirico naturalistiche* dotate di certezza *assoluta e sostanziale*. La seconda fase, invece, è destinata alla esclusione di eventuali spiegazioni causali alternative sulla base di ragionamenti logici ed al più complessivo confronto della certezza sostanziale del giudizio causale con la coerenza logica e razionale richiesta per poter fondare la decisione oltre ogni ragionevole

¹⁰³ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679. Cfr. anche F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1907.

¹⁰⁴ Vedi sul punto gli approfondimenti di C. E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., pp. 821 ss.

dubbio. Risultando il frutto di una valutazione comparatistica, di complessiva tenuta logico razionale delle argomentazioni su cui fondare la decisione, la certezza a cui si può ragionevolmente ambire in questo secondo momento sarà non già sostanziale, ma processuale e dunque in tutto coincidente a quella delineata dalla sentenza Franzese: *“nelle ipotesi di causalità attiva o comunque di componenti naturalistiche (decorso causale reale) – spiega infatti questo orientamento – si ha una prima fase in cui si elabora l'ipotesi del decorso causale, rispetto alla quale vige il principio di personalità della responsabilità penale e si pone un'esigenza di certezza sostanziale empirico naturalistica assoluta che può essere soddisfatta soltanto attraverso un modello nomologico deduttivo a base scientifica diretta alla spiegazione degli eventi. A questa fase segue un'altra, a carattere processuale, rispetto alla quale vige il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e si pone un'esigenza di certezza normativa di alta credibilità razionale soddisfatta mediante la probabilità logica. Fase, quest'ultima, che in presenza di leggi universali esaurirà il suo ruolo sul piano meramente processuale, perché venendosi a contrapporre due diverse ipotesi di decorso causale ricostruite in una prospettiva ex post, il giudice dovrà procedere alla prova dell'esistenza dell'uno o dell'altro decorso; in presenza di leggi statistiche l'esclusione del decorso causale alternativo giocherà sul piano processuale, ma con ricadute sostanziali, perché consentirà di soddisfare le esigenze di certezza assoluta espresse dal decorso reale, nel presupposto sempre sostanziale della conoscenza di tutte le cause possibili”*.

Molto diverso appare invece il discorso relativo alla causalità omissiva.

Avendo il giudizio struttura fisiologicamente ipotetica e normativa, il sapere scientifico non potrà esprimere alcuna efficacia esplicativa, risultando invece utile soltanto quale strumento per rafforzare in chiave logica l'ipotesi causale.

La dimensione solo normativa della condotta, in altre parole, esclude che il giudizio causale possa attingere alla medesima certezza sostanziale ed assoluta della causalità attiva. Disponendo non già di elementi reali rispetto a cui accertare e spiegare una relazione causale, ma solo di ipotesi, supposizioni rispetto a cui valutare la tenuta logica in base agli elementi disponibili, il giudice potrà ambire unicamente ad un accertamento connotato da una *“certezza meno rigorosa oppure di tipo processuale,*

*nella sostanza a carattere normativo*¹⁰⁵ assimilabile a quella delineata dalle Sezioni Unite e coincidente con quella della seconda fase dell'accertamento della causalità attiva: *“la certezza della omissione è normativa, e quindi nella sostanza strutturalmente identica alla certezza cosiddetta processuale relativa alla prova: in entrambi i casi il paradigma di riferimento è induttivo, quindi in entrambi i casi non avrebbe senso parlare di certezza assoluta, quindi in entrambi i casi il parametro di verifica è offerto dalla razionalità logico argomentativa. In sostanza, la certezza processuale e il criterio della probabilità logica sembrano potere giocare un ruolo già sul piano sostanziale in quanto esprimono un giudizio normativo del tutto compatibile con la struttura ipotetica e normativa della omissione e della colpa e quindi comportano un controllo basato sulla coerenza logico argomentativa e non sulla spiegazione scientifica”*¹⁰⁶.

La riconduzione effettuata da Franzese degli esiti causali attivi ed omissivi in una sola categoria di certezza processuale fondata sulla credibilità razionale del giudizio, sarebbe dunque il frutto di un *“frintendimento di fondo, agevolato dall'impiego del termine ‘ipotetico’: se infatti è vero che l'accertamento della causalità, sia essa attiva od omissiva, muove sempre dalla formulazione di un'ipotesi, è anche vero che l'ipotesi della causalità cosiddetta attiva è formulata adottando una prospettiva ex post in funzione esplicativa, mentre quella della causalità omissiva è formulata sulla base di una prospettiva ex ante a carattere prognostico. Detto diversamente, ciò che incide sul paradigma del giudizio di accertamento non è il mero fatto che si formuli un'ipotesi, bensì la prospettiva e la struttura del giudizio che si adotta, e non c'è dubbio che rispetto alla causalità attiva questa prospettiva sia ex post con funzione esplicativa e non, come accade per l'omissione, ex ante con funzione predittiva”*¹⁰⁷.

Alla luce di queste considerazioni, nell'orientamento dottrinale in esame la portata innovativa della sentenza Franzese appare notevolmente ridimensionata.

¹⁰⁵ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 75. L'Autore continua sul punto sostenendo come *“anche nell'ipotesi di causalità omissiva o comunque di componenti normative (decorso causale ipotetico), si possono distinguere due fasi: una, volta a individuare in astratto il comportamento dovuto. L'altra, diretta invece a conseguire una certezza sostanziale normo valutativa che può essere soddisfatta attraverso un controllo di razionalità – ragionevolezza del giudizio prognostico, il quale passa attraverso la concretizzazione della percentuale probabilistica, nonché dalla verifica di fattori invalidanti o inefficaci. A queste due fasi, a rigore, si deve poi aggiungere una terza fase, a carattere processuale, volta provare tutti gli elementi di fatto in cui sostanza la verifica delle ipotesi”*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 75.

Il parametro “dialettico” della credibilità razionale, o probabilità logica, su cui la Corte ha fondato l’intera pronuncia, infatti, viene relegato ad una funzione sussidiaria rispetto alla ben più appagante certezza sostanziale fondata sul riscontro scientifico: avrà senso ricorrere alla logica solo nelle ipotesi in cui non si potrà agire diversamente, vale a dire a) nell’accertamento relativo alla causalità omissiva, dal momento che il giudizio ipotetico di natura predittiva non può garantire alcuna certezza sostanziale, ma, al più, una mera certezza logica o processuale, nonché b) nella valutazione delle ipotesi causali alternative e, più in generale, degli elementi complessivamente acquisiti, al fine di potere conclusivamente esprimere il classico giudizio di natura probatoria e processuale dell’oltre ogni ragionevole dubbio¹⁰⁸ tipico di qualsiasi decisione: “(nella omissione) *la certezza processuale e il criterio della probabilità logica sembrano potere giocare un ruolo già sul piano sostanziale in quanto esprimono un giudizio normativo del tutto compatibile con la struttura*

¹⁰⁸ Precisa l’Autore in merito alla certezza processuale delineata da Franzese: “*questa verifica ex post diretta alla certezza cosiddetta processuale mediante la probabilità logica gioca un ruolo a livello sostanziale, soppiantando e o integrando il paradigma esplicativo nomologico deduttivo o quello predittivo prognostico induttivo, a seconda che si tratti di decorso reale oppure ipotetico, oppure questa verifica ex post gioca un ruolo su un piano distinto, a livello processuale, appunto, che si aggiunge agli altri concetti di certezza prima delineati? Detto in altri termini, rispetto alla causalità attiva e a quella omissiva si deve prima raggiungere una certezza sostanziale rispettivamente assoluta e normativamente razionale, e poi una certezza processuale nella verifica dell’ipotesi alla luce delle circostanze concrete, oppure in entrambi i casi, causalità attiva e omissiva, o tutto si risolve nella certezza processuale? Per rispondere a questa domanda occorre distinguere tra azione, cioè decorso reale, e omissione, cioè decorso ipotetico. Infatti, rispetto all’omissione, se da un punto di vista meramente concettuale parlare di sostituzione può generare qualche perplessità, venendosi a confondere la certezza che attiene al diritto sostanziale con quella che attiene al diritto processuale e a questioni probatorie, tuttavia tale sostituzione può avere una sua plausibilità perché, pur essendo il diritto sostanziale e quello processuale disciplinati da principi che come vedremo sono assolutamente diversi, tuttavia la certezza della omissione è normativa, e quindi nella sostanza strutturalmente identica alla certezza cosiddetta processuale relativa alla prova: in entrambi i casi il paradigma di riferimento è induttivo, in entrambi i casi non avrebbe senso parlare di certezza assoluta, quindi in entrambi i casi il parametro di verifica è offerto dalla razionalità logico argomentativa. In sostanza, la certezza processuale e i criteri della probabilità logica sembrano potere giocare un ruolo già sul piano sostanziale in quanto esprimono un giudizio normativo del tutto compatibile con la struttura ipotetica e normativa dell’omissione e della colpa e quindi comportano un controllo basato sulla coerenza logico argomentativo e non sulla spiegazione scientifica.*

*In ordine all’azione (decorso reale), invece, mi pare difficile procedere ad una sostituzione della spiegazione nomologica con la probabilità logica, in quanto rispetto a ciò che si è effettivamente verificato c’è da ritenere che la spiegazione debba essere data in termini di certezza empiricamente fondata, e non può che essere assoluta, violandosi altrimenti il principio della personalità della responsabilità. Infatti, la certezza assoluta, oltre ad attenere ancora una volta al diritto sostanziale, presenta per l’appunto una struttura diversa da quella processuale: mentre quest’ultima è sempre e comunque normativa, proprio perché si tratta di trovare al di là di ogni ragionevole dubbio fatti nella sostanza empiricamente irripetibili, al contrario la certezza sostanziale è relativa al decorso reale e ha una struttura empirico naturalistica strettamente connessa con la prospettiva esplicativa ex post”, *ibidem*, p. 75.*

ipotetica e normativa della omissione e della colpa e quindi comportano un controllo basato sulla coerenza logico argomentativa e non sulla spiegazione scientifica. In ordine all'azione (decorso reale), invece, mi pare difficile procedere ad una sostituzione della spiegazione nomologica con la probabilità logica, in quanto rispetto a ciò che si è effettivamente verificato c'è da ritenere che la spiegazione debba essere data in termini di certezza empiricamente fondata, e non può che essere assoluta, violandosi altrimenti il principio della personalità della responsabilità. Infatti, la certezza assoluta, oltre ad attenere ancora una volta al diritto sostanziale, presenta per l'appunto una struttura diversa da quella processuale: mentre quest'ultima è sempre e comunque normativa, proprio perché si tratta di trovare al di là di ogni ragionevole dubbio fatti nella sostanza empiricamente irripetibili, al contrario la certezza sostanziale è relativa al decorso reale e ha una struttura empirico naturalistica strettamente connessa con la prospettiva esplicativa ex post”¹⁰⁹.

Come è evidente, l'orientamento in esame propone una impostazione metodologica profondamente diversa da quella della Corte, perché il fulcro dell'accertamento causale è rappresentato non già dalla necessità di integrare in un modello unitario il patrimonio scientifico con il ragionamento logico per rendere razionalmente attendibile la decisione finale, quanto piuttosto dalla opposta necessità di distinguerli per fondare due modelli di accertamento pressoché opposti a seconda della natura attiva oppure omissiva della condotta.

Nel primo, la certezza delineata da Franzese assume la funzione processuale, accessoria, di conferma razionale delle precedenti valutazioni sostanziali formulate sulla base di criteri diversi e ben più solidi; nell'accertamento della causalità omissiva, invece, l'alta credibilità razionale si propone necessariamente come unico parametro di riferimento per l'intero accertamento causale perché, avendo il giudizio natura ipotetica, non sarebbe possibile pretendere alcuna certezza analoga a quella tipica della causalità attiva¹¹⁰: “con il mutamento del paradigma muta anche lo stesso

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁰ Conclude l'Autore sul punto: “se quanto detto è vero, si può allora concludere che anche l'ultimo concerto di certezza cosiddetta processuale elaborato dalla giurisprudenza non è ancora del tutto appagante. Suo grande merito è quello di aver intuito che ogni accertamento sia esplicativo oppure predittivo necessita di due fasi: formulazione dell'ipotesi e sua verifica. Tuttavia non è ancora sufficiente. Ecco allora che una strada percorribile di basata oltretutto proprio sulla distinzione tra

concetto di certezza che da naturalistico diventa nella sostanza normativo, trasformandosi di conseguenza anche le modalità con le quali quest'esigenza può essere soddisfatta. Modalità che non possono più tendere a una spiegazione scientifica a base empirica, ma che devono consistere nella formulazione di un giudizio prognostico relativo alla efficacia impeditiva dell'evento razionalmente fondato, e quindi controllabile sul piano logico e della coerenza argomentativa”¹¹¹.

3.2. LA POSIZIONE DOTTRINALE DI FRANCESCO VIGANÒ

Il secondo orientamento dottrinale citato assume una posizione più netta e giunge a conclusioni ben più estreme, ma anche più coerenti, rispetto al primo.

Mentre infatti la posizione analizzata nel paragrafo precedente utilizza la distinzione tra giudizi esplicativi e giudizi predittivi per inferirne conseguenze esclusivamente in merito alla qualità dei risultati cui ciascuno di essi può ambire, la seconda ne fa

*decorso reale e decorso ipotetico elaborata dalla giurisprudenza potrebbe essere la seguente: da un lato superare il limite degli orientamenti unitari del differenziale di aver penale sostanziale alla certezza della causalità attiva e certezza della causalità omissiva. Dall'altro lato integrare concetti di certezza assoluta della causalità attiva di incertezza normativa della causalità unisse con quello di certezza processuale. E alla luce di quanto appena detto si può concludere così: nell'ipotesi di causalità attiva o comunque i componenti naturalistiche (decorso causale reale), si ha una prima fase in cui si elabora l'ipotesi del decorso causale, rispetto alla quale i principi di personalità della responsabilità penale e si pone un'esigenza di certezza sostanziale in bilico naturalistica assoluta che può essere soddisfatta soltanto attraverso un modello nomologico deduttivo a base scientifica diretta la spiegazione degli eventi. A questa fase segue un'altra a carattere processuale rispetto alla quale vige il principio dell'oltre ogni ragionevole e si pone l'esigenza di incertezza normativa di alta credibilità nazionale soddisfatta mediante la probabilità logica. A quest'ultima che: in presenza degli universali esaurirà il suo ruolo sul piano meramente processuale perché venendosi a contrapporre diverse ipotesi di decorso causale ricostruiti in una prospettiva è esposto, il giudice dovrà procedere alla prova dell'esistenza dell'uno o dell'altro discorso. In presenza di leggi statistiche l'esclusione del decorso causale alternativo giocherà sul piano processuale, ma con ricadute sostanziali, perché consentirà di soddisfare quelle esigenze di certezza assoluta espresse dal decorso reale, nel presupposto sempre sostanziale della conoscenza di tutte le cause possibili. Anche nell'ipotesi di causalità omissiva o comunque di componenti normative (decorso causale ipotetico), si possono distinguere due fasi: una, volta individuare in astratto il comportamento dovuto l'altra, diretta invece conseguire una certezza sostanziale norma valutativa che può essere soddisfatta attraverso un controllo di razionalità ragionevole del giudizio prognostico, i quali passa attraverso la concretizzazione della percentuale probabilistica, nonché dalla verifica di fattori invalidanti efficaci definitiva o la stessa possibilità di adempiere. A queste due fasi, a rigore, si deve poi aggiungere una terza fase carattere processuale, volta provare tutti gli elementi di fatto in questi sostanza la verifica delle ipotesi”, *ibidem*, p. 75.*

¹¹¹ *Ibidem*, p. 75.

discendere una completa rivisitazione della struttura del reato omissivo rispetto a quella classica, ed immutata, del reato commissivo.

Più in particolare, secondo l'impostazione in esame la distinzione tra giudizi esplicativi e giudizi prognostici connota non tanto distinti tipi di certezza, quanto piuttosto distinte categorie penali: i primi, infatti, si potrebbero riferire esclusivamente alla causalità, mentre i secondi esclusivamente alla colpa.

Il presupposto per fondare la tesi in esame è che la causalità è finalizzata ad accertare in modo oggettivo, quindi sul piano *reale*, cosa è accaduto. Per questo, l'unico giudizio utile a tal fine può essere necessariamente quello esplicativo.

Per contro, la colpa è deputata a valutare la congruenza tra la condotta del soggetto agente e quella che l'ordinamento si sarebbe atteso. Per questo, l'unico giudizio realmente utile può essere solo quello prognostico predittivo, finalizzato cioè non già a valutare cosa è accaduto, ma cosa sarebbe accaduto se la condotta effettivamente tenuta fosse stata sostituita con quella prescritta: *“in tanto ha senso - a mio avviso - parlare di causalità, in quanto ci si riferisca alla spiegazione di ‘come sono andate realmente le cose’; mentre, ogniqualvolta ci si proponga di stabilire ‘come sarebbero andate le cose se’, si starà sempre discutendo, in realtà, della imputazione per colpa dell'evento all'imputato”*¹¹².

¹¹² Continua l'Autore sul punto: *“una volta che il giudice abbia accertato il reale meccanismo di produzione dell'evento, attraverso i medesimi passaggi che valgono per l'accertamento della causalità "commissiva", si tratterà qui di formulare, in via controfattuale, una prognosi (postuma) su come tale decorso causale reale sarebbe stato modificato, qualora l'imputato avesse compiuto la condotta doverosa X. Tale prognosi dovrà anch'essa fondarsi sulle conoscenze scientifiche disponibili (e dunque, laddove esistenti, su studi sperimentali od osservazionali che mostrino l'idoneità di condotte del tipo X a contrastare i meccanismi di produzione della classe di eventi nei quali è suscettibile l'evento concreto). Ma il problema sarà che, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, il giudice non riuscirà ad attingere alcuna certezza circa la non verificazione dell'evento concreto se l'imputato avesse compiuto l'azione X. Gli studi sperimentali ed osservazionali utilizzati dal giudice e dai suoi consulenti saranno per lo più in grado di stabilire soltanto una correlazione statistica tra il compimento dell'azione X e la mancata verificazione dell'evento (ad es.: l'immediata somministrazione di antibiotici in presenza di un dato quadro patologico ha il 70% di probabilità di eliminare l'infezione in corso; la rimozione chirurgica di un tumore alla prostata con determinate caratteristiche e dimensioni assicura la sopravvivenza del paziente nel 60% dei casi; etc.). Tale correlazione potrà, naturalmente, essere meglio precisata con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, ancorché conosciute ex post, tra le quali in particolare - in ambito medico - l'età, le condizioni generali di salute del paziente, eventuali patologie sconosciute al momento del fatto; ma, alla fine, il risultato sarà pur sempre quello di un giudizio di natura probabilistica, incapace (se non in casi del tutto marginali, in ambito medico) di esprimere una valutazione in termini di sicura efficacia impeditiva dell'azione doverosa omessa. Quid iuris, in casi siffatti? Potrà il giudice accontentarsi, ai fini della condanna, dell'accertamento che probabilmente la condotta omessa avrebbe impedito l'evento (magari dichiarando di aver comunque raggiunto una "certezza processuale" sull'efficacia impeditiva della condotta, con un escamotage retorico che maschererebbe*

Alla luce di queste premesse, si giunge ad un primo e pressoché obbligato nucleo di considerazioni: se infatti a) la causalità può essere accertata solo mediante la formulazione di un giudizio esplicativo, b) i giudizi esplicativi possono spiegare solo relazioni tra fattori realmente esistiti e c) l'omissione si caratterizza proprio per la inesistenza della condotta doverosa, allora ne consegue necessariamente che la causalità rappresenta una categoria estranea rispetto al reato omissivo e che dunque il giudizio relativo alla causalità attiva e quello finalizzato ad ipotizzare una relazione tra la condotta omessa e l'evento non possono essere ricondotti in un medesimo modello di accertamento causale, così come ipotizzato dalla sentenza Franzese¹¹³: *“lo schema bifasico della sentenza Franzese non (può) strutturalmente operare rispetto ad una situazione in cui, per definizione, l'evento costitutivo del reato non è causato dalla condotta dell'imputato, bensì da fattori a lui del tutto estranei”*¹¹⁴.

Se è vero, in altri termini, che la causalità può essere solo finalizzata ad indagare ciò che è effettivamente accaduto, allora la causalità omissiva, in quanto tale, non può essere altro che un ossimoro, una contraddizione in termini, perché si propone di spiegare qualcosa che non è mai accaduto: *“non può esistere alcuna relazione causale reale tra un non fare e un evento: ex nihilo nihil fit; il giudizio usualmente etichettato come ‘causalità omissiva’ ha struttura logica prognostica, radicalmente eterogenea rispetto al giudizio (di natura esplicativa) sul nesso causale tra azione ed evento; tale giudizio evoca un problema di imputazione dell'evento penalmente rilevante, che prescinde dal paradigma condizionalistico caratteristico del giudizio di causalità tra un'azione ed un evento penalmente rilevante”*¹¹⁵.

soltanto il suo libero - e, in definitiva, arbitrario - convincimento)? Oppure dovrà assolvere l'imputato per insussistenza del fatto, mancando la prova relativa al nesso causale tra omissione ed evento?”, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

¹¹³ Si veda in particolare in passaggio in cui viene sostenuto come *“la questione relativa all'efficacia dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento nei reati omissivi impropri dovrebbe allora essere impostata e discussa alla luce della logica della rimproverabilità dell'agente per l'evento penalmente rilevante che informa il giudizio di colpa, non già sulla base di fuorvianti parallelismi con il giudizio di causalità tra azione ed evento nell'ambito dei reati commissivi”*, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

¹¹⁴ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, Cedam, Padova, 2003, p. 123 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1994 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Giappichelli, 2009, p. 243; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 969.

¹¹⁵ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

Gli esiti a cui un simile accertamento può condurre, poi, sono inesorabilmente incerti, in quanto fisiologicamente fondati sulla previsione di ciò che sarebbe potuto accadere nel caso in cui il soggetto agente avesse agito anziché rimanere inerte: *“nell’ottica della spiegazione dei meccanismi che, nella realtà, hanno prodotto un determinato evento, giustamente si richiede - sul piano della prova - la certezza processuale, allo standard dell’oltre ogni ragionevole dubbio’, relativa all’affermazione che la condotta dell’imputato abbia quanto meno contribuito alla dinamica che ha condotto all’evento. Nell’ottica invece di un giudizio puramente ipotetico, che mira a ricostruire che cosa sarebbe accaduto se fosse stata compiuta una condotta in realtà mai posta in essere, è per lo più del tutto irrealistico pretendere una “certezza processuale” che l’evento non si sarebbe verificato; e ciò per l’ovvia ragione che la verifica o non verifica dell’evento dipende quasi sempre anche da fattori ulteriori rispetto alla condotta del soggetto, e sui quali egli non ha pressoché mai un completo controllo. Tutto ciò osterà per lo più alla possibilità di concludere che certamente, o comunque con una probabilità confinante con la certezza, il compimento della condotta doverosa avrebbe neutralizzato l’evento”*¹¹⁶.

Essendo il giudizio ipotetico finalizzato a valutare l’efficacia impeditiva che la condotta omessa avrebbe avuto nel decorso causale, in altri termini, il giudice dovrebbe rappresentarsi una realtà inesistente entro cui inserire la condotta ipotizzata, con l’ampio e ineliminabile margine di alea che una simile operazione creativa trae con sé: *“l’effettivo conseguimento del risultato impeditivo presuppone il verificarsi di tutta una serie di condizioni positive e negative che non possono mai essere date per scontate nella situazione concreta (ad esempio, l’immediata disponibilità di strutture e tecnici per eseguire gli accertamenti clinici, l’univocità dei loro risultati e la loro corretta lettura da parte del medico, la disponibilità di sangue idoneo e nella quantità necessaria per le trasfusioni, la mancata insorgenza di ulteriori eventi avversi, etc.)”*¹¹⁷.

Nemmeno la scienza, inoltre, potrebbe sopperire a questo fisiologico deficit di conoscenze per la inesistenza di leggi scientifiche capaci di dimostrare la efficacia impeditiva di una condotta rispetto ad un evento: *“non esistono del resto affidabili*

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibidem.*

generalizzazioni (leggi scientifiche e/o massime di esperienza) in grado di stabilire connessioni regolari e universali, ad es. tra l'esecuzione di esami clinici alla placenta e l'effettivo impedimento di shock emorragici fatali”¹¹⁸.

Qualunque tentativo giudiziale di ricavare conclusioni definitive in un contesto del genere, di conseguenza, si risolverebbe necessariamente in una vera e propria mistificazione della realtà mascherata dalla inconsistente ed onnicomprensiva formula della certezza processuale evocata da Franzese: *“né potrebbe il giudice, se non a prezzo di una autentica mistificazione della realtà, ovviare a questo deficit conoscitivo - che dipende, ripeto, dalla quantità di fattori incogniti che nel caso concreto potrebbero frapporsi all'esito favorevole dell'intervento del sanitario - ricorrendo alla formula della "certezza processuale" evocata dalla sentenza Franzese. Ciò che si potrà realisticamente ottenere sarà, anche in queste ipotesi, soltanto un giudizio di mera probabilità che, se gli esami fossero stati effettuati, si sarebbe innescata una catena virtuosa di eventi che avrebbe consentito di fronteggiare efficacemente la patologia in \corso”¹¹⁹.*

Alla luce di queste considerazioni, è evidente che secondo l'impostazione in esame il modello prognostico della causalità omissiva sconta due contraddizioni ed un limite insuperabili: dal punto di vista strutturale, pretende di accertare qualcosa che non è mai accaduto; dal punto di vista dei risultati, pretende di prospettare congetture “processualmente certe”¹²⁰; dal punto di vista utilitaristico, infine, si sostanzia in un inutile duplicato del c.d. nesso colpa-evento, vale a dire quello che è necessario accertare in ambito soggettivo per stabilire se la condotta doverosa avrebbe avuto la possibilità di incidere sul decorso causale oppure sarebbe risultata rispetto a questo del tutto indifferente¹²¹. Il giudizio sulla efficacia impeditiva dell'evento, infatti, *“costituisce un momento del più complesso giudizio di 'imputazione per colpa' dell'evento penalmente rilevante, che costituisce un passaggio obbligato tanto al fine del riconoscimento di una responsabilità per l'omesso impedimento colposo*

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 1683.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 1685.

¹²⁰ Si veda in particolare il passaggio in cui viene sostenuto come *“nella omissione, in altre parole, il ruolo giocato dalla condotta omessa “non ha nulla a che fare con il piano eziologico, e deve pertanto essere svincolato da suggestivi quanto svianti parallelismi con l'(autentico) giudizio di causalità tra un facere e un evento”*, *ibidem*, p. 1684.

¹²¹ Vedi sul punto anche F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 961.

dell'evento, quanto al fine di una condanna per l'omesso impedimento doloso dell'evento medesimo; più precisamente ancora, tale giudizio trova la sua naturale collocazione - nell'ambito della 'imputazione per colpa' - entro il capitolo relativo al 'secondo nesso tra colpa ed evento' (ovvero, con terminologia equivalente ma forse più esposta al rischio di fraintendimenti concettuali, al capitolo della c.d. 'causalità della colpa')”¹²².

Un simile punto di arrivo, è evidente, rende pressoché inutile insistere ad ipotizzare nuove soluzioni sul piano oggettivo e conduce inesorabilmente al ben più estremo, ma coerente, spostamento dell'intero discorso sul piano soggettivo.

Conclude l'autore sul punto, infatti, sostenendo come *“l'accertamento sulla presumibile efficacia impeditiva del comportamento doveroso omesso non abbia a ben guardare nulla a che fare con la categoria 'causalità', ma costituisca piuttosto una mera componente dell'imputazione per colpa a carico dell'imputato che sia rimasto inattivo di fronte a un decorso reale che minacciava di sfociare in un evento lesivo, che egli aveva l'obbligo giuridico di impedire”*.

L'unica vera difficoltà intravista dalla posizione in esame nella assimilazione del giudizio causale e di quello colposo è rappresentata dalla prospettiva attraverso cui si conduce l'accertamento: nel primo caso, infatti, la necessità di esprimere una valutazione avente ad oggetto ciò che è realmente accaduto dovrebbe imporre di fare ricorso, durante l'indagine, a tutte le informazioni disponibili al momento del giudizio e dunque comprensive non solo di quelle non conosciute o non conoscibili dal soggetto agente, ma anche di quelle sopravvenute a seguito della evoluzione della scienza medica; nel secondo caso, invece, l'oggetto dell'accertamento ha ad oggetto esclusivamente la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto agente. Per questo, sarebbe necessario rivolgersi esclusivamente alle informazioni effettivamente conosciute o comunque conoscibili dal soggetto agente al momento del fatto, non potendosi certamente rimproverare al medico di avere agito in modo diverso rispetto a modelli costruiti in base a conoscenze acquisite in campo medico scientifico successivamente al fatto.

La posizione in esame, però, replica a questa possibile obiezione spiegando che la doppia prospettiva, pur ipotizzabile in astratto, sarebbe completamente inutile in

¹²² F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

concreto, dal momento che l'accertamento volto a stabilire il comportamento corretto del medico renderebbe superfluo il giudizio basato su ciò che il medico non poteva sapere: *“immaginiamo pure – esemplifica l'orientamento in esame – che il giudice accerti tramite un proprio perito che oggi, nel 2009, una data patologia tumorale può essere trattata con elevate chances di successo a mezzo di una radioterapia appena autorizzata dalle autorità sanitarie competenti; se però il problema è di giudicare un medico che nel 2005 si è trovato ad affrontare quella patologia su di un proprio paziente, un tale accertamento sarà in partenza inutile ai fini della valutazione sulla responsabilità penale del medico, il quale ovviamente non potrà mai essere rimproverato per avere omissso di praticare una terapia ancora non disponibile al momento del fatto. Ma proprio questa conclusione mi pare costituire conferma decisiva dell'impossibilità, e in ogni caso dell'inutilità pratica, di distinguere analiticamente il giudizio sul c.d. nesso causale tra omissione ed evento, e il giudizio sul c.d. secondo nesso tra colpa ed evento nei reati omissivi di evento. L'accertamento è, a ben guardare, esattamente il medesimo; ha evidente struttura predittiva (anziché esplicativa); e logicamente segue, anziché precedere, l'accertamento relativo alla condotta colposa dell'imputato”*¹²³.

Nell'economia della elaborazione in esame, la morte della causalità omissiva ed il trasferimento del relativo accertamento nel c.d. secondo nesso colpa evento non rappresenta un punto di arrivo o un inutile “spostamento dei mobili nella stanza”, ma al contrario il presupposto, il primo passaggio di una ben più articolata e rivoluzionaria argomentazione: una volta illustrate le ragioni a sostegno della esclusione dal reato omissivo dell'accertamento causale e del conseguente spostamento del giudizio relativo alla efficacia impeditiva della condotta omissa nella colpa, infatti, l'orientamento in esame spiega come questa soluzione permetterebbe di risolvere non solo la inconciliabilità dell'accertamento prognostico con il giudizio causale, ma soprattutto quella ben più problematica tra il giudizio prognostico su cui si fonda l'intera omissione e la tanto discussa certezza cui dovrebbe tendere l'intero accertamento¹²⁴.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., pp. 833 ss.

Eliminata l'esigenza di accertare il nesso di causalità, in cui è evidentemente sempre necessario ambire a conclusioni rigorosamente certe per la dimensione oggettiva in cui ci si muove, verrebbe infatti meno anche l'esigenza di certezza imposta dal relativo giudizio condizionalistico¹²⁵: diventando un "*problema di imputazione per colpa e non di causalità, allora la sua ratio dovrà essere saldamente ancorata alla logica del rimprovero di colpa, anziché a quella "naturalistica" della causalità, che postula un rapporto ontologico, o almeno - kantianamente - categoriale tra condotta ed evento*"¹²⁶.

Se, in altre parole, il baricentro dell'accertamento si sposta dal nesso alla colpa, da ciò che è a ciò che può essere personalmente rimproverato nel rispetto del principio di cui all'art. 27 co. 1 Cost., non occorre più accertare che la condotta omessa avrebbe *impedito* l'evento, quanto piuttosto che avrebbe potuto *incidere* effettivamente nel decorso causale "*aumentando le chances di salvezza del bene medesimo - possibilità, quest'ultima, che costituisce il precipuo oggetto del c.d. secondo nesso tra colpa ed evento (o 'causalità della colpa')*"¹²⁷.

Così ragionando, il rimprovero non dovrebbe più cadere sulla certa causazione dell'evento, ma sulla ben più accessibile frustrazione delle possibilità di preservazione del bene giuridico che l'omissione ha generato in violazione di quanto prescritto dall'ordinamento¹²⁸. Si potrebbe, di conseguenza, sganciare una volta per

¹²⁵ Chiarissimo il seguente passaggio: "*si prova mettere in discussione il dogma della necessità della prova, in termini condizionalistici, dell'efficacia impeditiva della condotta omessa: prova che, come cercherò di meglio dimostrare, non è richiesta espressamente dall'art. 40 c.p., né da alcuna norma vigente nell'ordinamento italiano*". E ancora: "*La mia idea, del resto già affacciata in chiave problematica da autorevole dottrina italiana, è che il reato omissivo improprio ponga su un problema di imputazione dell'evento al garante che però non necessariamente deve essere affrontata alla stregua di un criterio condizionalistico che deve piuttosto essere impostato alla luce degli scopi immediati tale imputazione di diritto penale intende conseguire. Scopi che io sarei incline a ravvisare nell'esigenza di assicurare che la verifica dell'evento sia personalmente rimproverabile al soggetto nel rispetto dei principi di cui all'articolo 27 comma uno in ragione da un lato dello speciale vincolo di tutela del soggetto avviene (posizione di garanzia) e dall'altro dalla possibilità in capo al soggetto medesimo di incidere effettivamente nel decorso causale aumentando così le chances di salvezza del bene medesimo, possibilità quest'ultima che costituisce il precipuo oggetto del cosiddetto secondo nesso tra colpa ed evento (o causalità della colpa)", Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica, cit., p. 1687.*

¹²⁶ *Ibidem*, p. 1688.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1689.

¹²⁸ Si veda anche il passaggio in cui si specifica come "*solo una volta stabilito, ad es., che – alla luce dell'evidenza disponibile – il nostro paziente P è morto in conseguenza di una infezione tetanica fulminante, avrà senso chiedersi che cosa avrebbe dovuto fare il medico per fronteggiare l'infezione e che cosa sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto la condotta che l'ordinamento si aspettava che compisse*", F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 961.

tutte il giudizio omissivo dalla impossibile esigenza di certezza assoluta che deve caratterizzare il nesso causale, per agganciarlo al semplice *rischio* cagionato dalla condotta omessa.

La possibilità di fondare l'imputazione esclusivamente sul mero rischio derivante dalla violazione della regola cautelare si fonda, secondo l'autore, sulla constatazione che *“nessun dato normativo, né a livello di fonti primarie né a livello di principi costituzionali, vincola l'interprete ad ancorare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento alla prova di una sicura efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, la logica della rimproverabilità dell'evento cui si è fatto cenno orientando piuttosto l'interprete a ritenere necessaria e sufficiente la prova che la condotta doverosa omessa avrebbe significativamente ridotto le chances di verifica dell'evento, ogniqualvolta almeno - come avviene di regola in campo medico - la stessa regola cautelare violata, abbia la finalità di contenere, e non già di azzerare, i rischi insiti nel decorso causale reale”*¹²⁹.

4. LE POSSIBILI REPLICHE ALLE CRITICHE DELLA DOTTRINA

Le critiche mosse all'impostazione delle Sezioni Unite hanno pressoché tutte ad oggetto, in ultima analisi, il modello di certezza processuale delineato dalla sentenza Franzese per l'evidente alea insita nella possibilità di compensare i limiti della scienza mediante il ragionamento logico ed il conseguente rischio che dietro alla “credibilità razionale” su cui si deve fondare l'intera argomentazione possano celarsi valutazioni del tutto arbitrarie.

A parere di chi scrive – e come del resto alcune sentenze hanno già dimostrato – si tratta di preoccupazioni fondatissime: spostando il baricentro dell'intero accertamento dal rigoroso modello scientifico fondato sulla possibilità di dimostrare sperimentalmente la fondatezza di una conclusione, alla capacità del giudice di spiegare le ragioni logico razionali che insieme a quelle scientifiche lo hanno indotto ad assumere una decisione, si genera sicuramente il rischio di pronunce che,

¹²⁹ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679.

evocando sbrigativamente la forza della logica, contengono in realtà nient'altro che scelte apodittiche.

Se questo è vero, però, è anche vero che, a parere di chi scrive, un simile rischio non rappresenta una prerogativa esclusiva dei procedimenti aventi ad oggetto la responsabilità medica o, più in generale, quella omissiva, ma al contrario è tipico di tutti i procedimenti penali in cui i contributi scientifici siano parziali o del tutto inesistenti e dunque gli elementi acquisiti possano essere utilizzati per fondare una decisione esclusivamente in base alla complessiva tenuta razionale dell'argomentazione. Il che significa, come è intuibile, nella quasi totalità dei procedimenti penali.

L'argomento più forte per dimostrare la fondatezza di quanto appena osservato, del resto, è rappresentato proprio dal merito delle critiche mosse e soprattutto dalle soluzioni formulate. In tutti e quattro i casi, infatti, si tende in modo più o meno esplicito a riproporre i medesimi argomenti che avevano fondato i due ormai risalenti orientamenti della certezza assoluta e di grado inferiore, le cui applicazioni pratiche hanno imposto l'intervento delle Sezioni Unite.

4.1. REPLICA ALLA PRIMA CRITICA

Sicuramente fondato risulta innanzitutto l'argomento terminologico avanzato da Stella, secondo cui il concetto di alta credibilità razionale è stato da lui stesso importato nel linguaggio giuridico direttamente dall'ambito scientifico e dunque sarebbe opportuno evitare di attribuirgli un significato diverso da quello suo proprio. Il parametro dell'alta credibilità razionale dovrebbe dunque essere utilizzato esclusivamente nell'accezione tecnica del termine, per indicare un accertamento svolto in base ad una legge scientifica dotata di coefficiente probabilistico prossimo ad uno.

La sua emancipazione da parametri numerici per indicare la complessiva tenuta logica della decisione in punto di causalità, così come specificato dalla Corte, rischia quindi di risultare complessivamente fuorviante.

Se questo è vero, però, è altrettanto vero che una simile critica non risolve la sostanza del problema rappresentata, come più volte ricordato, dalla pratica indisponibilità di leggi universali in ambito medico. Riportando dunque la definizione nella sede scientifica che le è propria, si lascerebbe pressoché immutato il problema di fondo generato proprio dalla insufficienza della scienza a fornire risposte certe in materia.

4. 2. REPLICA ALLA SECONDA CRITICA

Più interessante risulta la seconda critica consistente, come accennato, nella difficoltà di escludere tutti i decorsi alternativi *possibili ed immaginabili* per avvalorare la fondatezza di quello ipotizzato e dunque, in buona sostanza, nella natura diabolica della relativa prova.

Per rispondere a questa obiezione può essere utile ricordare che l'accertamento penale si fonda non già sugli elementi esistenti nella realtà al momento del giudizio, ma su quelli che hanno fatto ingresso nel processo per fondare una specifica ipotesi accusatoria o difensiva. Il giudice, in altri termini, basa il proprio convincimento sulle informazioni *acquisite* nell'ambito processuale, e non già rispetto a tutte quelle *effettivamente disponibili*.

La seconda fase dell'accertamento del nesso di causalità fondata, come ricordato, sulla esclusione dei possibili decorsi causali alternativi, si riferisce dunque non già a tutti i decorsi causali *possibili ed immaginabili*, ma solo a quelli che sono stati ipotizzati nel corso del processo in base agli elementi probatori dedotti e rispetto ai quali il giudice è tenuto ad esprimersi per spiegare le ragioni della propria scelta.

Si tratta, come è evidente, della ordinaria attività di valutazione e argomentazione che ciascun giudice deve svolgere ogniqualvolta si imbatte nella scelta di una opzione tra le tante prospettate in base agli elementi probatori dedotti nel processo.

La coerenza della prova relativa al nesso con il più generale principio del contraddittorio, del resto, sembra trovare conferma anche in un passaggio dottrinale apparentemente schierato in senso contrario, laddove si conclude su questo specifico aspetto nei termini che seguono: “*in questa seconda fase – ecco il punto davvero*

cruciale – non basterà certo all'accusa dimostrare che l'ipotesi che la morte di P sia stata causata dalla somministrazione di F sia l'ipotesi esplicativa del corso reale degli avvenimenti più verosimile, tra quelle alternative prospettabili; piuttosto, l'accusa avrà l'onere di dimostrare che tutte le ipotesi esplicative alternative, prospettate in concreto dalla difesa o comunque prospettabili, appaiono affatto implausibili e per questo non idonee a far scorgere nel giudicante quel ragionevole dubbio sulla sussistenza del nesso causale che fonderebbe l'obbligo di assolvere l'imputato ai sensi del combinato disposto degli articoli 530 c. 2 e 533 c. 1 (nella versione risultante dalle modifiche apportate dalla l. 46/2006) c.p.p. Nel caso invece in cui la difesa riesca nell'intento di seminare un ragionevole dubbio sulla possibilità che l'insorgenza dell'arresto cardiocircolatorio in P sia dovuto a fattori diversi e comunque non riconducibili alla somministrazione di F, il giudice sarà senz'altro tenuto ad assolvere l'imputato M perché il fatto non sussiste"¹³⁰.

A fronte del passaggio in cui si evoca l'onere accusatorio di escludere i decorsi causali alternativi prospettati in concreto dalla difesa “o comunque prospettabili”, è infatti evidente a parere di chi scrive la condivisa necessità che la prova, sul punto, sia regolata in base agli ordinari standard processuali, per cui spetta all'accusa il compito di fondare la propria ipotesi e screditare le altre alternative concretamente insinuate nel processo, ed alla difesa il compito di provare quanto meno la discutibilità delle tesi accusatorie mediante la prospettazione di ulteriori decorsi causali, oppure la prova che quello ipotizzato non sia sufficientemente fondato.

La prevalenza della dimensione processuale rispetto a quella reale per valutare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria, del resto, si riscontra in un altro passaggio della stessa dottrina relativo alla necessità che l'intero patrimonio di informazioni acquisito possa spiegare non già cosa sia accaduto realmente, ma solo cosa possa ritenersi processualmente sufficiente: anche leggi dotate di coefficienti inferiori a cento sono infatti ritenute idonee a fondare la prova del nesso causale, purché però il giudice “riesca ad escludere, allo standard probatorio caratteristico del processo penale dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che il concreto evento attribuito dalla pubblica accusa all'imputato non si sia invece verificato in esito a decorsi causali alternativi, ai quali la condotta dell'imputato era estranea”.

¹³⁰ *Ibidem*, p.1679.

E ancora: “*il giudice, quale che sia il coefficiente percentualistico del nomos invocato per la spiegazione dell’evento, deve verificare, sulla base delle evidenze disponibili, la reale applicabilità della legge scientifica. Procedimento non troppo complesso per leggi scientifiche con coefficienti elevati, molto difficile invece per leggi scientifiche con coefficienti medio-bassi*”.

La prova, in altri termini, non deve avere ad oggetto il nesso di causalità nella sua dimensione ontologica, ma nella sua ben più semplice dimensione processuale parametrata allo standard dell’oltre ogni ragionevole dubbio¹³¹.

Come è stato osservato da attenta dottrina, del resto, “*l’importanza dell’esclusione dei decorsi alternativi non era certo sconosciuta alla giurisprudenza precedente: già la notissima sentenza del 1990 sul disastro di Stava, cui si deve l’introduzione del modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, precisava che ‘il nesso di condizionamento tra azione ed evento potrà essere riconosciuto presente soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente – non certamente – da escludere l’intervento di un diverso processo causale’*”¹³².

Ragionando diversamente, del resto, si dovrebbe applicare per coerenza il medesimo principio anche a tutti gli altri accertamenti necessari per fondare un giudizio di responsabilità penale, con la conseguenza che l’accusa dovrebbe sempre riuscire non solo ad acquisire elementi utili fondare la propria ipotesi, ma altresì ad immaginare ed escludere qualsiasi altra spiegazione fattuale alternativa.

Si pensi, per fare un esempio, alla prova del dolo: seguendo l’impostazione in parola, l’accusa non dovrebbe limitarsi ad indicare quali tra gli elementi probatori acquisiti risultino idonei a dimostrare la rappresentazione e volontà del fatto in capo all’agente, ma dovrebbe altresì spiegare perché non solo plausibili tutte le altre possibili spiegazioni con essa incompatibili.

¹³¹ Cfr. sul punto P. VENEZIANI, laddove sostiene che “*qualora Caia muoia per effetto del virus HIV, per affermare la sussistenza del nesso causale tra la condotta del marito e la morte di Caia è necessario in primo luogo fare riferimento alle suddette leggi scientifiche (ancorché le medesime esprimano coefficienti probabilistici molto lontani dal 100%), e, in secondo luogo, escludere l’interferenza di fattori alternativi, che potrebbero ingenerare il dubbio sulla causalità (ad es. rapporti sessuali extraconiugali, o pre matrimoniali di Caia, con altri soggetti sieropositivi, oppure differenti concrete possibili fonti di contagio, quali trasfusioni di sangue infetto, ecc.). ma una volta escluse modalità alternative, potremo dire che Caia è stata contagiata da Tizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” (ne avremo la certezza processuale, possibile anche su basi indiziarie: anche se non è certo in assoluto che Caia non abbia contratto altrove il virus)*”, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., pp. 1979 ss.

¹³² L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 495.

Il giudice, a sua volta, non potrebbe limitarsi a spiegare le ragioni che lo hanno indotto a ritenere fondati gli elementi dedotti dall'accusa ed infondati quelli della difesa. Nel caso in cui ravvisasse ulteriori spiegazioni possibili non dedotte nel processo ma astrattamente ipotizzabili, infatti, dovrebbe motivare anche su queste.

Tornando all'esempio già proposto della trasmissione del virus HIV tramite rapporto sessuale, è evidente che se l'accusa si limitasse ad evocare la legge scientifica che documenta la possibilità di contagio in una percentuale di casi compresa tra l'1% ed il 3%, la difesa avrebbe gioco facile a dimostrare che un simile dato rappresenta al più un indizio o un principio di prova non sufficiente, da solo, a dimostrare che il contagio di X sia derivato certamente dal rapporto sessuale avuto con Y. Questo, però, non potrebbe evidentemente significare che l'accusa sarebbe gravata dall'onere di dimostrare la inesistenza di possibili decorsi causali alternativi. Se così fosse, le si imporrebbe evidentemente di ripercorrere la vita quotidiana di Y dal giorno del contagio fino a quello del suo accertamento e spiegare perché non sarebbe riscontrabile una possibile fonte alternativa della trasmissione¹³³.

Quello che a parere di chi scrive appare più plausibile, invece, è che la Corte abbia pensato a questa fase per permettere all'accusa ed alla difesa di dialogare introducendo elementi utili a fondare o screditare l'ipotesi accusatoria, in modo da permettere al giudice di avere un quadro il più completo possibile e, in caso negativo, assolvere l'imputato.

L'accusa, pertanto, avrà l'onere di provare la riconducibilità del caso di specie a quello contemplato dalla legge, introducendo nel processo tutti gli elementi utili a renderla plausibile oltre ogni ragionevole dubbio. La difesa, per contro, avrà l'onere di confutare la tesi prospettata dimostrando l'inattendibilità degli elementi dedotti dall'accusa oppure la prospettabilità di decorsi causali alternativi altrettanto plausibili rispetto a quello dell'accusa. In questo caso, evidentemente, l'accusa avrà l'onere di dimostrare a sua volta la insussistenza degli argomenti difensivi. Il giudice, infine, avrà il delicato compito di scegliere al termine della fase istruttoria, ed in base a considerazioni di natura logica, la tesi più convincente oppure, laddove ciò non fosse

¹³³ P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1970 ss.

possibile, assolvere l'imputato per il mancato raggiungimento di una prova sufficientemente attendibile¹³⁴.

Quanto appena detto permette di formulare una considerazione ulteriore che a parere di chi scrive appare assolutamente cruciale – e del tutto sottovalutata in dottrina – per apprezzare la reale natura dei problemi sin qui trattati.

Come detto, la esclusione dei possibili decorsi causali alternativi rappresenta, allo stato, il passaggio nevralgico dell'intero accertamento causale, perché permette di sopperire alla incapacità della legge scientifica di spiegare da sola ed in modo certo il decorso eziologico, mediante la eliminazione di eventuali spiegazioni alternative dedotte nel giudizio.

Il metro di giudizio per procedere a questa valutazione, e dunque escludere gli altri decorsi ipotizzati, sarà evidentemente quello standard della mera ragionevolezza.

Il giudice, cioè, avrà certamente il dovere di ricorrere ad eventuali parametri scientifici per condurre l'accertamento finalizzato ad escludere le spiegazioni alternative, ma qualora questi non dovessero essere disponibili potrà certamente ricorrere al criterio della mera plausibilità o tenuta logica del ragionamento.

Si pensi, per fare un esempio, alla soluzione adottata in giurisprudenza per risolvere il delicato accertamento causale in materia di contagio da HIV. Come detto, in questo ambito sono davvero minime le possibilità di ricondurre scientificamente il contagio alla consumazione di un rapporto non protetto, dal momento che i casi in cui si è sperimentata l'esistenza di un legame tra condotta ed evento sono solo tre su cento.

Per questo, l'intero peso dell'accertamento causale grava evidentemente sulla esclusione di possibili spiegazioni alternative, perché solo in questo modo è possibile collocare proprio nel rapporto sessuale la causa della trasmissione e quindi raggiungere una prova altrimenti irraggiungibile per le scarsissime informazioni eziologiche espresse dalla legge scientifica isolatamente considerata.

¹³⁴ Cfr. sul punto, ed a mero titolo esemplificativo, la pronuncia del Tribunale di Cremona, 14 ottobre 1999 confermata dalla Corte di Assise di Appello di Brescia, 26 settembre 2000, laddove proprio in materia di trasmissione per via sessuale del virus HIV l'accertamento causale è stato fondato – oltre che sulla presenza di una legge scientifica utile a legare la trasmissione del virus a rapporti sessuali non protetti con persona infetta – proprio sull'assenza, nel caso concreto, di esposizione della persona offesa a fattori di rischio diversi dal contatto sessuale con l'imputato. Così si esprime la Corte d'Assise d'Appello: *“un caso come quello in discussione è di elementare semplicità dal punto di vista della ricostruzione causale, essendo ragionevolmente da escludere altre vie di contagio ad eccezione di quella sessuale ad opera di un ben individuato portatore”*.

Ebbene, dal momento che la esclusione dei decorsi alternativi rappresenta, dal punto di vista processuale, uno qualunque degli svariati profili da accertare, è evidente che l'indagine ad esso relativa potrà ed anzi dovrà essere condotta con i comuni strumenti processuali a disposizione tra cui, ovviamente, la prova logica. Nel caso in cui non saranno reperibili strumenti investigativi idonei a connotare scientificamente l'indagine, dunque, il giudice potrà escludere le spiegazioni alternative limitandosi a denunciarne la natura irragionevole, o implausibile. Si veda, a mero titolo esemplificativo, quanto sancito in materia dal Tribunale di Cremona in 14 ottobre 1999 e confermato poi dalla Corte di Assise di Appello di Brescia, 26 settembre 2000, laddove proprio in materia di trasmissione per via sessuale del virus HIV si è avuto occasione di specificare come *“un caso come quello in discussione (fosse) di elementare semplicità dal punto di vista della ricostruzione causale, essendo ragionevolmente da escludere altre vie di contagio ad eccezione di quella sessuale ad opera di un ben individuato portatore”*.

Nel caso di specie, dunque, la semplice irragionevolezza di qualunque altra spiegazione è assurda a criterio onnicomprensivo per legare a doppio filo un rapporto sessuale scientificamente indicativo, al più, di un indizio, un frammento di prova, con l'insorgenza nel corpo della persona offesa del virus.

Il dato, a parere di chi scrive, dimostra una volta per tutte non solo la distanza assoluta tra l'accertamento *processuale* dei fatti e la loro dinamica *reale* – essendo pressoché infinite, ma non dimostrate o dimostrabili, le possibili cause alternative reali del contagio – ma altresì la natura velleitaria delle istanze di scientificizzazione del giudizio penale, dal momento che la necessità di concludere l'accertamento impone al giudice di muoversi liberamente tra scienza e logica attribuendo indistintamente più peso ora all'una, ora all'altra, a seconda delle specifiche peculiarità di ciascun caso.

4.3. REPLICA ALLA CRITICA DI ROBERTO BARTOLI

Il terzo ed il quarto ordine di critiche non si rivolgono a singoli aspetti della pronuncia, ma propongono invece veri e propri modelli di accertamento alternativi ed impongono dunque repliche più complesse ed articolate.

Il primo orientamento, come visto, critica l'impostazione della Corte proponendo due modelli di accertamento distinti a seconda della natura attiva oppure omissiva della condotta contestata: in relazione alla condotta attiva, la certezza solo processuale o logica tipizzata dalla Corte sarebbe del tutto inappagante, dal momento che il nesso di causalità sarebbe reale e quindi, rispetto ad esso, si potrebbe raggiungere la ben più solida certezza sostanziale o assoluta frutto della diretta applicazione delle leggi scientifiche secondo un modello rigorosamente nomologico deduttivo. In relazione alla condotta omissiva, invece, l'unico standard a cui si potrebbe ambire sarebbe rappresentato dalla certezza processuale perché la natura omissiva, e dunque fenomenicamente inesistente, della condotta, permetterebbe di svolgere un accertamento esclusivamente logico-normativo. In cui, cioè, le conclusioni sarebbero parametrize non già a riscontri empirico naturalistici, ma esclusivamente alla valutazione tra ciò che è accaduto e ciò che l'ordinamento si sarebbe atteso.

Ebbene, a parere di chi scrive, l'elaborazione dottrinale in esame sottovaluta uno degli aspetti più critici dell'intera materia relativa alla responsabilità penale del medico, vale a dire la già ampiamente discussa e ormai accettata difficoltà della scienza a fornire risposte certe in ciascuno degli snodi in cui si sostanzia l'accertamento del fatto e, dunque, anche in tema causalità: *“il ruolo dell'incerto e dell'imponderabile è oggi ampiamente riconosciuto in ogni campo del sapere, sì che la certezza delle scienze naturali non può più costituire la base della certezza del diritto”*¹³⁵.

Il patrimonio di conoscenze scientifiche disponibili in materia, come visto, non riesce da solo a risolvere definitivamente e con certezza assoluta, o matematica, o sostanziale, la valutazione relativa alla relazione tra una condotta ed un evento. E ciò sia che si tratti di una condotta attiva, sia che si tratti di una condotta omissiva.

¹³⁵ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494.

Se si deve accertare la possibile ascrizione al medico della morte di X *a causa* della prescrizione di un dosaggio eccessivo di farmaco, dunque, bisogna avere il coraggio di ammettere che il primo e più importante problema è rappresentato proprio dal fatto che la scienza, di per sé, molto difficilmente potrà fornire spiegazioni definitamente appaganti. Più probabilmente, occorrerà rivolgersi altrove, ed al ragionamento logico in particolare, per capire se il dato scientifico di per sé insufficiente possa essere corroborato da ulteriori dati e valutazioni utili a raggiungere una conclusione scientificamente inattuabile, ma logicamente e dunque processualmente plausibile. In particolare, considerazioni di natura logica risulteranno indispensabili per valutare la fondatezza delle spiegazioni causali alternative rafforzando così, per esclusione, quella ipotizzata.

La seconda obiezione all'orientamento in esame riguarda la specificazione che solo nelle ipotesi di certezza sostanziale si potrebbe tutelare il principio della personalità della responsabilità penale: *“in ordine all'azione (decorso reale) – si precisa infatti – mi pare difficile procedere ad una sostituzione della spiegazione nomologica con la probabilità logica, in quanto rispetto a ciò che si è effettivamente verificato c'è da ritenere che la spiegazione debba essere data in termini di certezza empiricamente fondata, e non può che essere assoluta, violandosi altrimenti il principio della personalità della responsabilità”*¹³⁶.

Una simile teorizzazione contempla necessariamente un modello di causalità omissiva lesiva del principio di personalità della responsabilità penale: se è infatti vero – così come espressamente sostenuto – che l'unica certezza idonea a garantire un rimprovero personale è quella sostanziale o empiricamente fondata, è altrettanto evidente che l'omissione – fondata, in base alla posizione in esame, su un giudizio squisitamente logico capace di garantire solo una meno qualificata certezza processuale – non può fisiologicamente condurre a risultati idonei a soddisfare lo standard richiesto, con conseguente violazione dell'art. 27 c. 1 Cost.

La terza e la quarta obiezione hanno ad oggetto la effettiva utilità della distinzione tra la certezza sostanziale della causalità attiva e la certezza processuale della causalità omissiva.

¹³⁶ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

Per quanto riguarda la prima obiezione, innanzitutto, se è vero, come è stato illustrato dalla posizione in esame, che la certezza sostanziale rappresenterebbe solo una prima fase dell'accertamento complessivo che si conclude con lo standard di certezza processuale delineato da Franzese, che utilità avrebbe distinguerla? Il risultato dovrebbe essere infatti sempre il medesimo, vale a dire una valutazione unitaria fondata, per quanto possibile, su considerazioni di carattere scientifico – convenzionalmente ascrivibili, in base all'orientamento in esame, ai risultati dotati di maggiore affidabilità compresi nella categoria della certezza sostanziale – e per il resto su considerazioni extrascientifiche utili a raggiungere, insieme alle prime, una conclusione dotata di elevata probabilità logica. Dunque, perché sottolineare la possibilità di potere circoscrivere nell'ambito della causalità attiva un primo nucleo di considerazioni “più certe”?

Analoghe considerazioni valgono anche per la quarta ed ultima obiezione, avente ad oggetto non già l'utilità della distinzione tra certezza sostanziale e processuale interna alla causalità attiva, ma esterna tra causalità attiva e causalità omissiva: se infatti entrambi gli accertamenti omissivo e commissivo devono attingere ad un modello di certezza comunque appagante al di là di ogni ragionevole dubbio, perché distinguerli? O si sostiene con più coerenza che la certezza processuale della causalità omissiva non permette di raggiungere i medesimi standard di quella attiva e si propone per questo una rivisitazione integrale del reato omissivo, oppure si rischia di concepire due modelli che, senza etichette, rischiano di confondersi.

4.4. REPLICA ALLA CRITICA DI FRANCESCO VIGANÒ

Le obiezioni all'ultimo orientamento dottrinale esaminato sono senza dubbio le più complesse.

Anche in questo caso, come visto, si parte dal dato incontestabile relativo alla profonda differenza sussistente tra l'accertamento della causalità attiva e quello della causalità omissiva.

Anziché limitarsi a prospettare due diversi tipi di certezza, però, l'orientamento in esame propone di saltare completamente l'accertamento del nesso in quanto il giudizio prognostico che lo dovrebbe fondare attiene più propriamente al momento soggettivo della colpa. Questa soluzione avrebbe due vantaggi: in primo luogo eviterebbe ulteriori disquisizioni nella ricerca di criteri di accertamento utili a raggiungere uno standard di certezza concretamente inattuabile; in secondo luogo, ed in stretta connessione, spostando il fulcro dal nesso alla colpa permetterebbe di svincolarsi dal rigoroso parametro della certezza, per preferire quello nettamente più abbordabile del semplice rischio.

Anche questa posizione, però, non convince per quattro ordini di motivi.

4.4.1. PRIMA CONSIDERAZIONE

La prima perplessità riguarda anche l'impostazione del precedente orientamento e si sostanzia nella seguente domanda: perché la diversa natura del giudizio prognostico, tipico del giudizio relativo all'omissione, deve *necessariamente* condurre ad un risultato più incerto rispetto a quello del giudizio esplicativo¹³⁷?

Come visto, la differenza tra giudizio esplicativo e giudizio prognostico attiene alla dimensione in cui si manifesta la condotta: fenomenica nel primo caso, logica nel secondo.

È dunque certamente condivisibile l'affermazione secondo cui il giudizio esplicativo ha ad oggetto relazioni tra fenomeni realmente esistiti, mentre il giudizio prognostico implica una sostituzione logica di ciò che è realmente accaduto con ciò che sarebbe potuto accadere.

Se questo è vero, però, non persuade la conclusione che, *per ciò solo*, il secondo giudizio condurrebbe *sempre e necessariamente* a risultati connotati da un margine di incertezza superiore rispetto al primo. Come è stato persuasivamente illustrato, *“l'idea di una ineliminabile attenuazione dei parametri di certezza come connotato caratteristico della causalità omissiva non risulta pienamente convincente. È ben*

¹³⁷ C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., pp. 822 ss.

vero che il carattere immaginativo del fattore causale inserito nella macchina controfattuale omissiva introduce un elemento di teorica incertezza. Infatti, la circostanza che la condotta richiesta non è stata posta in essere impone di immaginarne un prototipo astratto. In molti casi tale operazione astrae fortemente dall'irripetibile, mutevole identità di ciascun intervento concreto, specialmente in situazioni in cui vengono richiesti interventi complessi che si inseriscono in intricati contesti in cui operano plurimi fattori causali, la cui fine interazione rimane quasi sempre non conoscibile. Non sempre, però, il carattere immaginativo del controfattuale costituisce un serio fattore aggiuntivo di incertezza. Si ponga il caso tipico del custode del passaggio a livello che, omettendo di abbassare le sbarre in vista dell'arrivo del treno, determini un incidente mortale nel quale resti coinvolta un'auto in transito. Orbene, in tale caso inserendo nel giudizio ipotetico controfattuale l'azione omessa e cioè il tempestivo abbassamento delle sbarre del passaggio a livello, si compie una operazione astratta per il fatto che l'azione richiesta non costituisce un fattore reale e non è ben noto in quale guisa essa sarebbe stata posta in essere. Tuttavia tale indiscutibile astrattezza, a guardarla con il realismo proprio dei giudizi del senso comune che fondano l'esperienza giuridica, non costituisce un concreto fattore di incertezza. (...) A ben vedere, poi, fattori costituzionali di incertezza si presentano con altrettanta chiarezza in ambiti propri della causalità attiva. Infatti, in molte situazioni complesse, nelle quali interagiscono diversi fattori causali prossimi, è veramente difficile stabilire se il fattore che interessa abbia una autonoma forza condizionante, sicché la sua esclusione secondo lo schema controfattuale possa indurre a ritenere con certezza l'evitamento dell'evento lesivo. È sufficiente considerare, ad esempio, il campo della ricostruzione di incidenti stradali complessi per intendere che spesso, eliminando mentalmente un fattore, occorre ripensare l'interazione di tutti gli altri fattori causali, che potrebbe in astratto avvenire secondo una varietà talmente grande di ipotesi, da non poter essere ragionevolmente, umanamente tentata nell'ottica di un giudizio di certezza assoluta. Discorso analogo può essere fatto anche nell'ambito della scienza medica. Come si avrà meglio occasione di evidenziare in prosieguo, la ricostruzione causale si svolge secondo i criteri delle scienze empiriche, con margini di approssimazione connessi proprio alla varietà e complessità dei fattori coinvolti,

alla incompleta conoscenza di tali fattori e soprattutto alla impossibilità di cogliere la loro irripetibile interazione”¹³⁸.

Come visto, il giudizio tipico della causalità omissiva si compone di due fasi¹³⁹: nella prima si indaga il decorso causale realmente verificatosi. Si cerca dunque di capire tramite un giudizio tipicamente esplicativo cosa sia effettivamente accaduto e cosa abbia cagionato l’evento ricorrendo ad una legge scientifica di copertura, laddove disponibile, per valutarne poi la sua applicabilità al caso di specie ed escludendo infine possibili decorsi causali alternativi.

Un accertamento, dunque, in tutto identico a quello tipico della causalità attiva e fondato, come visto fino ad ora, anche e spesso soprattutto sulla base di considerazioni di natura logica: se è vero infatti, come sostenuto dalla dottrina pressoché unanime, che il momento chiave dell’accertamento causale attivo è rappresentato dalla esclusione dei decorsi causali alternativi, e che questa può essere fondata sul parametro della mera ragionevolezza, evidentemente il ricorso alla legge scientifica nell’accertamento causale si stempera nella successiva e cruciale e logica valutazione circa la ragionevolezza dell’ipotesi eziologica formulata e la irragionevolezza di quelle alternative.

Terminata questa fase, è necessario procedere con l’aggiunta, in via ipotetica, della condotta doverosa e valutare in chiave logica la sua rilevanza nel decorso causale instaurato dal fattore di rischio ormai definitivamente individuato. Anche in questa seconda fase sarà innanzitutto necessario, laddove possibile, ricorrere ad una legge scientifica capace di illustrare in astratto l’efficacia che può assumere la condotta doverosa e successivamente cercare in concreto elementi idonei a rendere complessivamente fondata, al di là di ogni ragionevole dubbio, l’ipotesi causale: *“se la legge scientifica di copertura, che assegna alla terapia il 60% di probabilità di successo, è relativa a pazienti di ogni età, e la persona offesa è, ad esempio, un ventenne, il giudice potrà chiedere al perito di accertare se la giovane età della vittima rendesse più probabile l’esito positivo della terapia, e se dunque nel caso concreto le probabilità di guarigione sarebbero state più alte del 60%. Il perito, quindi, dovrà prendere in considerazione tutti i fattori che potevano influire sulle*

¹³⁸ R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1204.

¹³⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, cit., p. 961 e L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 498.

probabilità di successo della terapia, tanto quelli già conoscibili al momento del mancato attivarsi del garante (l'età, lo stato di salute generale del paziente, eccetera), quanto quelli conoscibili solo ex post (grado di sviluppo del decorso patologico, sua intensità, eccetera), in modo da fornire al giudice una legge scientifica quanto più possibile ritagliata sulle caratteristiche della vittima: non, allora, quante probabilità aveva 'chiunque' di guarire in seguito alla somministrazione di quel farmaco, ma quante probabilità aveva quel paziente di superare la malattia se correttamente curato"¹⁴⁰.

Ora, è evidente che in alcuni casi si potrà raggiungere un risultato scientificamente indiscutibile – si pensi alla possibilità di prevedere in termini di certezza scientifica le modalità ed i tempi della morte derivante dall'omessa trasfusione di sangue in un paziente ricoverato d'urgenza a seguito di una grave emorragia – mentre in altri ci si dovrà affidare a considerazioni di carattere logico utili a colmare, in termini di ragionevolezza, il vuoto scientifico. Si tratta, a ben vedere, delle stesse identiche considerazioni già svolte in tema di causalità attiva: pur non ponendosi problemi prognostici, infatti, anche in questa sede si è avuto modo di apprezzare – e la dottrina sul punto nulla obietta – il ruolo spesso decisivo della logica per compensare le lacune scientifiche.

Ebbene, se tutto questo è vero, non è davvero chiaro perché la differenza tra la natura reale o logica della condotta dovrebbe generare un simile abisso tra la certezza causale attiva e quella omissiva. Se in entrambi gli accertamenti il contributo del criterio logico o della mera ragionevolezza risulta pressoché inevitabile o spesso addirittura fondamentale, perché dovrebbe essere dirimente la natura reale o logica della condotta? Del tutto condivisibile appare allora la considerazione secondo cui *"la causalità omissiva non è portatrice, quale tratto immancabile, di un fattore di significativa incertezza aggiuntiva tale da giustificare da solo l'attenuazione del criterio di certezza proprio della causalità"*¹⁴¹.

Francesco Viganò¹⁴² sul punto argomenta più specificamente le proprie osservazioni precisando in primo luogo che la esclusione dei possibili decorsi alternativi non

¹⁴⁰ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 498.

¹⁴¹ R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, cit., p. 1188.

¹⁴² F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in cit., p. 961., L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 498, P.

sarebbe esperibile nel giudizio causale omissivo per la inesistenza fenomenica della condotta¹⁴³, ed in secondo luogo che la semplice ipotizzabilità della condotta omessa impedirebbe di cercare riscontri concreti alla legge di copertura relativa alla efficacia della condotta doverosa.

Per quanto riguarda il primo aspetto, più in particolare, è stato osservato che *“quando si tratta di vagliare l’efficacia eziologica di un fattore di rischio positivo, il giudice può ricavare dall’assenza di altri fattori idonei la conclusione che proprio la condotta dell’imputato ha concretamente cagionato l’evento. Ma nel caso del medico che omette la terapia, una volta individuato con ragionevole certezza il processo morboso che ha cagionato la morte del paziente, si deve valutare se una condotta meramente ipotetica, che non è intervenuta nel decorso causale, avrebbe potuto impedire la verifica dell’evento. Qui l’eliminazione dei decorsi alternativi non funziona per almeno due ragioni: perché tale giudizio ha senso solo se il fattore di cui va vagliata la rilevanza, escludendo la sussistenza di altre possibili cause, è realmente intervenuto nel decorso causale, mentre la condotta del sanitario non si è inserita in tale decorso; e perché per definizione un elemento diverso dalla condotta del reo e capace di cagionare l’evento è sempre presente, ed è proprio quel fattore di rischio che la sussistenza della posizione di garanzia imponeva all’imputato di fronteggiare (nel caso del medico, la patologia da cui era affetto il paziente, e che la terapia omessa aveva la funzione di combattere)”*¹⁴⁴.

Per quanto riguarda il secondo argomento, invece, si sostiene che *“la considerazione ex post di tutte le caratteristiche del caso concreto può servire ad individuare una legge scientifica meno generica, ma non è in grado di modificare la natura meramente prognostica che caratterizza geneticamente la causalità omissiva. Lo iato concettuale tra conoscenza scientifica ex ante e conoscenza giudiziale ex post, che conferiva solidità epistemologica al modello di accertamento delle Sezioni Unite, perde di legittimazione in ambito omissivo, ove l’unico strumento euristico a disposizione del giudice è costituito dalla capacità predittiva della legge di copertura e la conoscenza processuale risulta in tutto debitrice della conoscenza*

VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1970.

¹⁴³ F. VIGANÒ e L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 498.

¹⁴⁴ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 498.

*scientifico. Escluso il ricorso al procedimento di corroborazione della legge probabilistica mediante l'esclusione delle cause alternative, il giudice si trova, così, a dovere decidere dell'imputazione dell'evento esclusivamente sulla scorta del coefficiente statistico di tale legge, che esprime il grado di evitabilità dell'evento in presenza della condotta omessa. La causalità generale, che in ambito commissivo rappresenta solo il primo gradino dell'imputazione colposa è, insomma, nel contesto omissivo, tutto ciò di cui il giudice può disporre*¹⁴⁵.

Nessuna delle due osservazioni sopra esposte, però, risulta a parere di chi scrive del tutto convincente.

La esclusione dei possibili decorsi causali alternativi, innanzitutto, è ben possibile ed anzi necessaria anche in relazione al reato omissivo, con la precisazione che il relativo accertamento venga svolto nel momento esplicativo del giudizio, analogamente alla causalità attiva, e non a quello prognostico successivo tipico della causalità omissiva.

Come visto, infatti, la prima fase del giudizio causale omissivo è pressoché identica a quella tipica della causalità attiva¹⁴⁶. Anche dal punto di vista logico, del resto, risulta evidente come prima di ipotizzare cosa sarebbe accaduto se il soggetto agente avesse agito, è preliminarmente necessario capire cosa sia effettivamente accaduto. Per farlo, è sufficiente seguire pedissequamente lo stesso accertamento della causalità attiva e dunque, dopo avere formulato un'ipotesi esplicativa, escludere eventuali spiegazioni causali alternative. Saltare questo passaggio genererebbe, evidentemente, il rischio di formulare un'ipotesi sulla efficacia della condotta doverosa omessa fondata su un quadro incerto della situazione reale in cui questa dovrebbe collocarsi. Una simile conclusione, del resto, pare essere espressamente condivisa da una parte della dottrina, laddove si è specificato come *“nell'ambito della medicina, per fattori causali alternativi si devono intendere fattori diversi dalla malattia la cui mancata diagnosi abbia condotto alla morte del paziente o l'abbia anche solo accelerata (le due ipotesi si equivalgono, una volta che si sia assunto,*

¹⁴⁵ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 499.

¹⁴⁶ Cfr. sul punto R. BARTOLI, secondo cui *“anche nell'ambito della causalità omissiva noi abbiamo comunque un fatto, una storia, l'andamento di una patologia di cui dobbiamo in primo luogo dare una spiegazione complessiva prima di interrogarci sul ruolo causale dell'omissione che ci interessa. In questa prima parte dell'indagine causale noi utilizziamo il modello esplicativo che abbiamo sino a qui esaminato”*, in *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., p. 75.

quale evento rilevante, l'evento hic et nunc). Quella malattia dà inizio infatti ad un decorso sul quale l'omissione del medico si innesta assumendo il ruolo di concausa ex art. 41 c. 1 c.p."¹⁴⁷.

La esclusione dei possibili decorsi causali alternativi nel reato omissivo, in altre parole, deve necessariamente esprimersi nella prima fase dell'accertamento per permettere di capire se l'evento lesivo possa essere effettivamente ascritto alla omissione del medico, oppure dipenda da altri fattori che hanno reso l'omissione del medico causalmente ininfluyente.

Ciò premesso, è evidente che un simile accertamento non potrebbe e non dovrebbe ripetersi anche nella successiva fase prognostica: non potrebbe per le ragioni che sono già state esposte dalla dottrina critica circa la riconducibilità in un modello unitario di accertamento della causalità attiva e di quella omissiva; non dovrebbe perché si tradurrebbe in una inutile duplicazione del medesimo giudizio già integralmente svolto nella fase esplicativa.

In conclusione, si ritiene che le critiche abbiano fondatamente evidenziato le difficoltà logiche insite nella esclusione di possibili spiegazioni causali alternative, sottovalutando però la possibilità, anzi la necessità di collocare il relativo accertamento nella sede che più gli si addice, vale a dire quella esplicativa.

Per quanto riguarda il secondo argomento, rappresentato come detto dalla impossibilità di concretizzare nel giudizio prognostico la legge di copertura con la conseguente ed automatica trasposizione del margine di incertezza nel giudizio finale relativo alla efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, si ritiene che proprio l'esempio addotto dalla dottrina per fondare la critica possa essere utilizzato per giungere a conclusioni più ottimiste.

Nel caso proposto, infatti, si richiamava una legge di copertura capace di spiegare che la condotta doverosa omessa avrebbe avuto il 60% di probabilità di successo. Questo significa che, in base al mero dato scientifico, si sarebbe potuto concludere che se il soggetto avesse agito, avrebbe avuto sessanta possibilità su cento di incidere sul decorso causale, modificandolo positivamente o addirittura escludendo l'evento lesivo.

¹⁴⁷ DI GIOVINE, *il contributo della vittima del delitto colposo*, Torino, 2003, p. 322.

Giunta a questa prima considerazione, la posizione in esame conclude per la impossibilità di proseguire oltre nel giudizio causale: *“la causalità generale, che in ambito commissivo rappresenta solo il primo gradino dell'imputazione causale, è, insomma, nel contesto omissivo tutto ciò di cui il giudice può disporre”*¹⁴⁸.

Questa prima e generale constatazione, però, viene poi contraddetta successivamente, contemplando la possibilità di individualizzare eccome l'indagine eziologica ed aumentare così le possibilità di giungere ad una conclusione ragionevole o plausibile. Nell'esempio, infatti, la posizione in esame prosegue spiegando che, una volta acquisito il mero dato percentuale, è ben possibile approfondirlo e concretizzarlo acquisendo circostanze ulteriori rispetto a quelle utilizzate per definire la legge di copertura. Si precisa, in particolare – e la circostanza pare del resto pacifica – che il giudice può prendere in considerazione *“tutti i fattori che potevano influire sulle probabilità di successo della terapia, tanto quelli già conoscibili al momento del mancato attivarsi del garante (l'età, lo stato di salute generale del paziente, eccetera), quanto quelli conoscibili solo ex post (grado di sviluppo del decorso patologico, sua intensità, eccetera), in modo da fornire al giudicante una legge scientifica quanto più possibile ritagliata sulle caratteristiche della vittima: non, allora, quante probabilità aveva 'chiunque' di guarire in seguito alla somministrazione di quel farmaco, ma quante probabilità aveva quel paziente di superare la malattia se correttamente curato”*.

Ebbene, a parere di chi scrive questo ragionamento risulta pressoché sovrapponibile a quello tipico della causalità attiva ed ampiamente illustrato da Franzese: una volta chiarito infatti che la legge rappresenta pur sempre un parametro generale e generico, del tutto indifferente cioè rispetto alle peculiarità del caso concreto, il giudice ha il dovere di approfondire ed individualizzare l'accertamento per valutare attraverso gli elementi ulteriori a propria disposizione se complessivamente sia possibile esprimere un giudizio processualmente certo. Anche in questo caso, dunque, analogamente a quanto accade per la causalità attiva, il giudice ha il dovere di esprimere valutazioni ulteriori rispetto a quelle scientificamente disponibili per giungere ad una conclusione razionalmente convincente circa la possibilità di imputare l'evento all'omessa condotta doverosa.

¹⁴⁸ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 499.

Giunto a questo punto, però, l'orientamento in esame torna sui propri passi concludendo che *“la considerazione ex post di tutte le caratteristiche del caso concreto può servire – come si è visto sopra – ad individuare una legge scientifica meno generica, ma non è in grado di modificare la natura meramente prognostica che caratterizza geneticamente la causalità omissiva”*¹⁴⁹.

Ancora una volta, dunque, si conclude per la impossibilità di attingere alcun risultato appagante esclusivamente a causa della natura “meramente prognostica” del giudizio.

L'indagine può cioè aumentare ed anche di molto la possibilità di raggiungere una conclusione appagante, ma la natura prognostica impedirebbe sempre e comunque di formulare un giudizio certo: *“il perito, quindi, dovrà prendere in considerazione tutti i fattori che potevano influire sulle probabilità di successo della terapia, tanto quelli già conoscibili al momento del mancato attivarsi del garante (l'età, lo stato di salute generale del paziente, ecc.), quanto quelli conoscibili solo ex post (grado di sviluppo del decorso patologico, sua intensità, ecc.), in modo da fornire al giudicante una legge scientifica quanto più possibile ritagliata sulle caratteristiche della vittima: non, allora, quante probabilità aveva ‘chiunque’ di guarire in seguito alla somministrazione di quel farmaco, ma quante probabilità aveva quel paziente di superare la malattia se correttamente curato. All'esito di tale operazione di specificazione della legge di copertura, che potrà in alcuni casi anche condurre all'individuazione di una legge scientifica dal coefficiente più elevato (non più – per ipotesi – il 60% di successo, ma il 70 o l'80%), il dato a disposizione del giudice rimane, però, ancora esprimibile solo in termini di probabilità statistica che la condotta omessa avrebbe impedito l'evento: null'altro che un giudizio prognostico più attendibile, ma ben lontano da quella valutazione ex post che, in seguito all'esclusione dei decorsi alternativi, rendeva processualmente certa l'imputazione dell'evento all'agente nelle ipotesi di causalità commissiva”*¹⁵⁰.

Ebbene, a parere di chi scrive proprio l'esempio riportato dalla posizione appena esaminata risulta utile a spiegare le ragioni che potrebbero condurre a soluzioni più ottimiste: se è infatti vero che esiste la possibilità di individualizzare il giudizio causale omissivo – come espressamente riconosciuto anche dalla dottrina più critica

¹⁴⁹ L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 499.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 498.

– allora la differenza tra questo ed il giudizio relativo alla causalità attiva potrebbe risultare in molti, moltissimi casi, più sfumata o addirittura del tutto inesistente.

Oltre all'esempio già formulato del passaggio a livello, si pensi all'accertamento relativo alla morte di uno sciatore per l'assenza di protezioni idonee nella curva in cui è uscito di pista: una volta individuata la legge scientifica utile a spiegare se lo sciatore sia effettivamente deceduto a seguito dell'impatto anziché per cause precedenti o successive e del tutto diverse (accertamento del decorso causale reale), il giudice dovrebbe poi ricostruire la dinamica introducendo in via ipotetica lungo la traiettoria dello sciatore una barriera protettiva. Ebbene, anche in questo caso si potrebbe individuare una legge scientifica di copertura utile a spiegare le conseguenze derivanti dall'impatto di un corpo simile a quello dello sciatore non più contro l'ostacolo effettivo, ma contro una barriera dotata di particolari caratteristiche tecniche. Il giudizio, inoltre, potrebbe essere integrato con tutti i dati ulteriori relativi alle circostanze del caso concreto come, per esempio, la velocità dello sciatore, l'età, la eventuale presenza di protezioni personali, e così via.

A fronte di una dinamica così relativamente semplice, le considerazioni dei consulenti e dei periti dovrebbero quindi solo spiegare se in quella data situazione, quella particolare barriera dotata di quella particolare capacità di assorbimento avrebbe potuto contenere l'impatto con quello specifico sciatore giunto in quel punto a quella determinata velocità.

Il risultato, a prescindere dalle percentuali, potrebbe dunque prevedibilmente soddisfare lo standard della ragionevole certezza richiesta nel giudizio penale perché le conoscenze disponibili per valutare la fondatezza dell'ipotesi sarebbero pressoché sovrapponibili a quelle tipiche della situazione realmente verificatasi.

Se tutto ciò è vero, non è allora chiaro il motivo per cui la mera natura prognostica della seconda parte del giudizio omissivo potrebbe addirittura minare le fondamenta stesse del ragionamento, ritenendolo necessariamente inattendibile.

Si pensi, ancora, al caso già proposto di un paziente ricoverato al pronto soccorso con una grave emorragia interna. Ebbene, è evidente, almeno a parere di chi scrive, che in un caso del genere sarebbe certamente possibile stabilire non solo che dalla assoluta inerzia del medico preposto è conseguita la totale fuoriuscita del sangue residuo, ma altresì che con una pronta trasfusione il paziente sarebbe deceduto in un

periodo di tempo sensibilmente successivo rispetto a quello effettivo o sarebbe addirittura sopravvissuto.

Si potrà obiettare che si tratta in entrambi i casi di esempi molto semplici in cui non è necessario attingere ad un sapere scientifico particolarmente sofisticato per giungere ad una conclusione certa: non occorre infatti un sapere particolarmente accurato per concludere che una protezione in curva ed una trasfusione possono influire nel decorso causale letale.

Proprio questo, però, è il punto: a parere di chi scrive, infatti, il problema dell'accertamento causale non è rappresentato dalla natura esplicativa o prognostica dell'accertamento, ma esclusivamente dal grado di complessità della dinamica causale e dal numero di informazioni a disposizione per accertarla. Entrambi i fattori, infatti, permettono di assottigliare il confine tra l'ottica esplicativa e quella prognostica fino a rendere indistinguibili i due giudizi.

Si tratta, come è evidente, di variabili strettamente connesse al fatto ed agli strumenti a disposizione per indagarlo, piuttosto che alla astratta natura del giudizio ed alla natura attiva oppure omissiva della condotta.

L'orientamento critico giunge alla conclusione opposta, vale a dire alla impossibilità di attingere alcuna certezza in tema di omissione, precisando che le informazioni relative al caso di specie potrebbero al più incrementare il dato percentuale relativo alla efficacia impeditiva della condotta, ma mai permettere di raggiungere il 100%.

Ebbene, al di là del fatto che esistono invece e come – e sono anche numerosi – casi in cui è possibile sviluppare un accertamento relativo alla efficacia impeditiva della condotta omissiva idoneo a raggiungere un risultato scientificamente certo e dunque pari al 100%, ciò che non convince è la necessità di interpretare queste ulteriori valutazioni necessariamente in chiave numerica o percentuale pretendendo di attingere sempre alla certezza matematica pari al 100% – non richiesta nel giudizio penale – anziché apprezzarle per formulare un giudizio di complessiva ragionevolezza dell'imputazione.

La sensazione, in altri termini, è che l'orientamento critico assuma sul punto il medesimo atteggiamento della concezione della c.d. certezza assoluta, pretendendo di raggiungere risultati matematicamente certi in un ambito in cui la scienza non può offrirli.

4.4.2. SECONDA CONSIDERAZIONE

Il secondo argomento di critica all'orientamento sopra esposto si fonda sul diverso peso assunto dalla logica nell'accertamento causale attivo ed in quello omissivo.

Come visto, la differenza tra i due giudizi viene integralmente fondata sulla possibilità, nella sola causalità attiva, di escludere i decorsi causali alternativi.

Ora, a prescindere dalla già illustrata perplessità che suscitano gli argomenti volti ad escludere questo accertamento nella causalità omissiva, ciò che proprio non si spiega è la ragione per cui si riconosca l'importanza, ed anzi spesso la necessità, del criterio logico o della mera ragionevolezza per escludere i decorsi causali alternativi, mentre la si escluda categoricamente nella fase conclusiva dell'accertamento omissivo. Perché, in altri termini, sarebbe certamente possibile giungere ad un accertamento convincente della causalità attiva accontentandosi di considerare meramente irragionevoli, o implausibili, decorsi causali alternativi, e sarebbe invece addirittura impossibile ricorrere ad analoghe considerazioni per spiegare il ruolo della condotta omessa? Si tratta all'evidenza di due giudizi che, quanto all'affidabilità dei risultati che offrono, non giustificano una simile disparità di trattamento, dal momento che sono entrambi fondati nei loro passaggi più importanti su considerazioni del tutto prive di qualsiasi riscontro scientifico e spesso affidate al semplice buon senso.

4.4.3. TERZA CONSIDERAZIONE

Il terzo argomento di critica all'orientamento sin qui esposto si fonda sulla profondissima differenza che si genererebbe tra i due tipi di reati a seconda del dato storico o logico della condotta, unita alla attuale precarietà dei criteri distintivi tra azione ed omissione.

Come visto, l'orientamento in esame delinea due modelli diversissimi di reato, e di conseguente accertamento del fatto, esclusivamente in base alla natura attiva oppure omissiva della condotta.

Il problema, però, è che la distinzione, specialmente in ambito medico, risulta niente affatto semplice¹⁵¹. Il tradizionale criterio fondato sulla constatazione di una condotta attiva oppure di un mero *non facere* per connotare in termini, rispettivamente, commissivi oppure omissivi il reato non risulta sufficiente in materia medica. In questo ambito, infatti, sono davvero rari i casi in cui il medico si limita a tenere una condotta assolutamente passiva, restando inerte di fronte alla patologia da cui è affetto il paziente. Nella fisiologia dei rapporti, invece, cerca di intervenire prescrivendo farmaci o disponendo esami per migliorare, attraverso la sua condotta, la salute del paziente.

Una parte cospicua della dottrina ritiene che, per risolvere il problema, sia necessario fondare la differenza tra azione ed omissione non già sulla mera constatazione di una condotta attiva del medico, ma sulla individuazione della fonte del rischio di evento: nel caso in cui cioè questa sia individuabile in fattori esterni rispetto alla condotta del medico, si parlerà di causalità omissiva perché l'obbligo di agire non è stato ottemperato mediante una condotta idonea ad incidere sul decorso causale. Nel caso invece in cui l'evento sia ascrivibile non già o non solo al decorso della patologia rispetto alla quale il medico è intervenuto, ma anche alla condotta di quest'ultimo, allora il reato sarà commissivo¹⁵².

Questa impostazione, in astratto del tutto condivisibile, rischia però di entrare in contraddizione con lo spirito stesso della proposta rivoluzionaria formulata dall'orientamento in esame: in base a quanto appena detto, infatti, è evidente che per risolvere il problema della natura attiva oppure omissiva del reato sia preliminarmente necessario avere già risolto il problema della causalità, perché solo dopo avere capito se la condotta del medico abbia effettivamente inciso sul decorso causale, sarà possibile attribuire natura attiva oppure omissiva alla condotta tenuta. Per fare ciò, dunque, sarà necessario ripercorrere tutti i passaggi tipici dell'accertamento causale tra cui, evidentemente, la esclusione dei possibili decorsi

¹⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 494 e P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1970 ss.

¹⁵² Cfr. L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., p. 500: “più complessa è la soluzione del problema nel contesto dell'attività medica. Qui l'individuazione di una condotta positiva in capo all'agente non basta per definire in termini commissivi la sua responsabilità, perché in molti casi il *facere* del sanitario non si è inserito nel decorso eziologico che ha prodotto l'evento lesivo, e l'attribuibilità dello stesso all'imputato può avvenire solo ove si constati la natura causale dell'intervento omissivo”.

alternativi in base a considerazioni di natura logica fondate, come già ampiamente illustrato, sul criterio della mera ragionevolezza.

Se questo è vero, però, lo sforzo compiuto dall'orientamento in esame e finalizzato, come visto, ad evitare un accertamento della causalità omissiva improntato su considerazioni di carattere logico, rischia di essere vanificato dalla necessità di risolvere prima, e sempre mediante il ricorso alla logica, la natura attiva oppure omissiva della condotta.

In conclusione sul punto: per risolvere il problema della causalità, l'orientamento in esame sposta integralmente il focus sulla natura attiva od omissiva della condotta, ma per capire se la condotta è attiva oppure omissiva occorre risolvere il problema della causalità. In secondo luogo, lo scopo della distinzione tra azione ed omissione è quello di evitare soluzioni fondate sul generico criterio della ragionevolezza, ma è proprio quest'ultimo a dovere essere impiegato per stabilire se la condotta è attiva oppure omissiva.

Vi è poi un secondo ordine di ragioni che rende quantomeno instabile il criterio in esame per distinguere le condotte attive da quelle omissive.

Per comprenderlo, è preliminarmente opportuno ricorrere ad un esempio: si pensi ad un bagnino che, anziché restare immobile sulla spiaggia come la manualistica impone da anni per spiegare il reato omissivo, si attivi con sollecitudine, percorra un lungo tratto a nuoto, afferri la vittima e la trasporti fino a riva ma, errando nella tecnica di presa, non le tenga la testa fuori dall'acqua e quindi non riesca ad impedirne la morte per annegamento. In base al criterio sopra esposto, il reato dovrebbe assumere natura omissiva, perché la morte del bagnante è integralmente ascrivibile all'annegamento rispetto al quale, quindi, la condotta del bagnino è risultata ininfluyente. Ma è davvero così convincente imputare l'evento morte al bagnino per non essersi attivato al fine di evitare l'evento? Non risulta invece più immediatamente intuitivo individuare nell'errore commesso dal bagnino la semplice e positiva violazione della regola cautelare che informa il giudizio di colpa, anziché la ragione che giustifica, in una condotta così oggettivamente positiva ed articolata, il momento che la rende complessivamente omissiva?

Come è stato osservato, *“la distinzione tra "fare" e "omettere" si presenta in vari casi molto problematica, e di valore anche assai relativo allorché la presenza di*

un'omissione si "innesti" su un comportamento ricostruibile come causale in senso "attivo" e "colposo" per l'omessa adozione di cautele doverose, specificamente "impeditive" dell'evento. (...) Raccogliendo le precedenti riflessioni, pertanto, si può concludere che il sanitario che sbaglia diagnosi o terapia, "omette" solo di utilizzare le conoscenze che ha, se le possiede: ed è un caso di colpa per imperizia; oppure "omette" di impiegare le conoscenze che non ha, per non averle mai apprese: ed è anche questa una sicura forma di colpa per imperizia. Il senso sociale e giuridico del suo comportamento, in entrambi i casi, è di essersi attivato male, non di non aver neppure tentato di impedire il verificarsi di un evento: di qui la ricostruzione della sua responsabilità, nella maggior parte delle ipotesi sin qui richiamate, ai sensi degli artt. 40, comma 1, e 43 c.p. Le numerose condizioni negative dell'evento che non ha attivato, altro non sono che la contestuale definizione in termini di colpa del significato illecito del suo modo di adempiere l'obbligo di impedire l'evento o di adempiere un'obbligazione di mezzi finalizzata ad assicurare o ripristinare il bene della salute. Ma appunto la stessa ricostruzione della causalità del suo agire colposo, in questi casi, non potrà prescindere dai condizionali controfattuali che strutturano l'accertamento della causalità omissiva in senso stretto. Viceversa, "omette" sicuramente il sanitario che rifiuta di intervenire o interviene con colpevole ritardo; "omette" sicuramente il sanitario che non dispone delle necessarie attrezzature, medicine, ecc. che abbia l'obbligo di procurarsi. E parimenti "omettono" i genitori che, per motivi religiosi, negano il consenso alla trasfusione del figlio talassemico grave, sì che il loro dissenso preclude un intervento sanitario salvifico. È in questi casi che trova applicazione l'art. 40 cpv. c.p."¹⁵³.

CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni che precedono, dovrebbero risultare evidenti le perplessità suscitate in chi scrive dalle critiche formulate all'impostazione della sentenza Franzese. Certamente la pronuncia attribuisce un ampio potere

¹⁵³ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494.

discrezionale all'organo giudicante e definisce parametri generali ed astratti per condurre l'indagine causale che si prestano, in quanto tali, ad essere interpretati ed applicati in modo incoerente. Certamente, inoltre, la natura prognostica del giudizio omissivo si presta alla formulazione di decisioni che, ostentando il raggiungimento di soluzione certe, celano in realtà niente più di un ragionamento probabilistico.

Ciò detto, però, non si ritiene che il giudizio causale attivo riesca ad affrancarsi pienamente dalle incertezze che affliggono quello omissivo, al punto da proporsi rispetto a quest'ultimo come modello alternativo ed autenticamente scientifico. Al contrario, si auspica di avere illustrato le molteplici ragioni che inducono a ritenere anche il modello attivo fonte di profonde incertezza per i vari passaggi in cui risulta ancora dipendente dalla logica. La esclusione delle possibili spiegazioni alternative che, come si è visto, rappresenta attualmente il passaggio più delicato ed importante dell'intero accertamento causale, appare non solo concettualmente, ma anche strutturalmente un giudizio rimesso completamente al criterio – vago per eccellenza – della ragionevolezza: dal punto di vista concettuale, perché è evidente che l'indagine concretamente svolta non potrà mai ambire a coprire tutte le reali spiegazioni alternative, dovendosi limitare invece a quelle dedotte nel processo in base ad una selezione approssimativa e dettata sempre da considerazioni logiche; dal punto di vista strutturale, perché l'intero giudizio volto ad escludere possibili decorsi diversi rispetto a quello ipotizzato potrà – ed anzi molto spesso dovrà – compiersi in base a considerazioni fondate sul buon senso, sulla plausibilità che residuerà al termine di questa fase, dunque, sarà un'ipotesi causale auspicabilmente fondata su una legge scientifica di cui si sarà vagliata l'applicabilità al caso concreto, unita a considerazioni approssimative circa la irragionevolezza di altre possibili spiegazioni. Un risultato, è evidente, volto esclusivamente a rappresentare una conclusione processualmente attendibile, ma ben lontana da quella realtà fenomenica o naturalistica che le critiche dottrinali insistono a volere utopisticamente raggiungere. Alla luce di queste considerazioni, la differenza tra il giudizio causale omissivo e quello attivo apparirà estremamente ridimensionata, perché la natura logica del momento prognostico tipico del primo non avrà nulla da invidiare alla altrettanto ragionevole esclusione dei possibili decorsi alternativi tipica del secondo.

La profonda ed indiscutibile differenza tra la natura fenomenica della condotta attiva e logica della condotta omissiva¹⁵⁴, in altri termini, non pare che nel diritto produca necessariamente alcuna conseguenza circa la possibilità di esprimere un giudizio causale¹⁵⁵: *“solo concependo la "causa" a prescindere da immagini di forze e di energie in "reale contatto", sembrerebbe guadagnarsi così una concezione della causalità utile per tutti gli scopi del diritto e di tipo unitario, una concezione che sa affrancarsi da un significato (pur solitamente sottinteso nell'immaginario del giurista) 'forte' e 'antropomorfo' di realismo eziologico, e considera la sufficienza di un nesso di condizionamento accertabile mediante ipotesi ricostruttive di un divenire governato da regole di successione spazio-temporale”*¹⁵⁶.

L'alea che affligge entrambi i giudizi, in quest'ottica, rivelerà dunque la sua natura intimamente processuale, e non già sostanziale, tipica di qualsiasi accertamento connotato dalla scarsità delle informazioni a disposizione: *“chi muove da un approccio appena un po' normativistico, è portato a pensare che la causalità nel diritto sia comunque un criterio per imputare un evento a un soggetto come suo "autore": pertanto, se lo scopo è l'imputazione, non è decisivo che si tratti di causalità "effettiva", "reale", costruita su "forze" interagenti, su "energie" attive, su basi fisico-antropomorfe di causalità "a contatto", oppure su relazioni meramente "logiche", di condizionalità ipotetica, di regolarità nomologica. Ciò che importa, in questa visione, è che per il diritto l'agire o l'omettere, in quanto "cause", siano funzionalmente equivalenti, trattandosi di individuare criteri, sia pur differenziati e non identici, per attribuire un evento al soggetto che ha agito in forma attiva od omissiva: che poi si voglia ancora chiamare "causa" il significato oggettivo della*

¹⁵⁴ Cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1995.

¹⁵⁵ Vedi ancora M. DONINI sul punto, laddove precisa come *“rispetto alla lettura "unificante" di una causa-condizione che si adatti a condotte attive e omissive, alla partecipazione al reato e alle fattispecie più varie in termini di descrizione fattuale e significato di disvalore del risultato lesivo, si presentano come particolarmente adatte le concezioni della causalità di tipo prevalentemente "logico" o "nomologico": è causa ciò che costituisce una condizione logica o nomologica del risultato, al di là delle sue capacità "reali", "cinetiche", di essere una forza interattiva e a prescindere dalla maggiore o minore "efficienza" del fattore eziologico, la cui importanza causale non è decisiva in ordine all' an dell'imputazione dell'evento. Questa è la ragione per cui, nel diritto in generale, sono tutt'oggi dominanti le concezioni causali fondate sulla teoria della condicio sine qua non e sul modello di sussunzione sotto leggi scientifiche”*, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 494.

sua condotta, oppure "autoria", "competenza funzionale" per un risultato, può diventare secondario. Ma ancor più in una logica "funzionalistica" propria dei sistemi complessi, dove plurime condizioni si mescolano in centri di imputazione di rischi ai titolari di determinati ruoli, anche l'agire attivo sarà fonte di responsabilità non soltanto per la sua causazione "reale", ma altresì e soprattutto per la competenza funzionale del soggetto a spiegare socialmente l'evento in ragione del suo potere di fatto e dell'approfondimento del rischio scatenato dal suo intervento volontario o colposo. A maggior ragione anche l'omettere dovrà avere questo significato di equivalenza rispetto all'agire, al di là della sua "staticità" dovuta a un'inerzia cinetica (il mancato "attivarsi" di condizioni salvifiche pur esistenti e disponibili), o del suo ridursi a una radicale "assenza" (di condizioni salvifiche, mai neppure venute a esistenza)"¹⁵⁷.

Alla luce di queste considerazioni, a parere di chi scrive la conclusione in tema di causalità potrebbe essere più semplice di quanto sembri: se è vero, come si ritiene di avere dimostrato fino ad ora, che è astrattamente ipotizzabile un giudizio causale che, grazie ad argomenti di carattere scientifico ed inferenze di carattere logico, permette di raggiungere risultati appaganti circa il ruolo assunto dalla condotta omessa, allora la teoria condizionalistica mantiene una propria validità.

Di conseguenza, non è tecnicamente corretto stabilire una distinzione definitiva tra il modello di certezza che connota la causalità attiva e quello, più modesto, che dovrebbe caratterizzare la causalità omissiva. Inoltre, e soprattutto, non è opportuno liberarsi definitivamente della causalità nell'accertamento omissivo per congegnare un modello di reato omissivo integralmente concentrato sulla mera possibilità di ascrivere un rimprovero avere diminuito le chances. A parere di chi scrive il fenomeno non ha natura sostanziale e patologica, ma processuale e fisiologica: *"la distinzione fra probabilità statistica e probabilità logica (o "credibilità razionale") rinvia infine alla differenza fondamentale, sulla quale si dovrà fare luce in seguito fra oggetto e accertamento della causalità, fra concetto di causa e verificabilità processuale (o probatoria in genere) del concetto: non dovendosi credere che le difficoltà probatorie di un concetto (es. dolo diretto o eventuale), che impongono strumenti probatori indiziari e criteri di rischio (es. alta probabilità del verificarsi*

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 495.

dell'evento) identifichino ormai il concetto stesso mediante il ricorso esaustivo alle regole probatorie (es. dolo = rischio)¹⁵⁸.

¹⁵⁸ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 494.

PARTE III

CAPITOLO I

LE IMPLICAZIONI DELLE INCERTEZZE SCIENTIFICHE NEL PARADIGMA DELLA COLPA MEDICA: LA INADEGUATEZZA DELLA CERTEZZA PROCESSUALE NELLA SOLUZIONE DELLE APORIE SOSTANZIALI DEL TIPO COLPOSO

1. L'INSTABILE FONDAMENTO SCIENTIFICO DEL PROCESSO DECISIONALE CLINICO E LE SUE CONSEGUENZE SUL PIANO PENALE

Nonostante il confronto dottrinale in tema di responsabilità medica sia concentrato prevalentemente sul tema della causalità, come si è avuto modo di constatare nella prima parte del presente lavoro, le problematiche più delicate e soprattutto ancora irrisolte derivanti dal rapporto tra il carattere aperto del tipo del colposo e la incertezza scientifica che connota la materia¹⁵⁹ si registrano senza dubbio in tema di colpa¹⁶⁰.

Come è noto, affinché possa essere formulata un'imputazione colposa ai sensi dell'art. 43 c.p. occorre sviluppare un accertamento articolato in quattro passaggi: innanzitutto è necessario dimostrare – in un'ottica *ex ante* fondata sulle circostanze

¹⁵⁹ Vedi sul punto F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 4, p. 1232.

¹⁶⁰ Cfr. P. PIRAS, *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 12, p. 1519.

conosciute dall'imputato e quelle conoscibili da un agente modello – che la scelta terapeutica del medico sia stata tecnicamente diversa rispetto a quella raccomandata dalle *leges artis* vigenti in materia.

In secondo luogo, occorre accertare che l'evento lesivo sia derivato dallo scostamento della condotta tenuta dal parametro comportamentale ritenuto idoneo in quella specifica situazione e rientri nella classe di quelli che la norma si propone di evitare¹⁶¹.

In terzo luogo, è necessario indagare prognosticamente il possibile decorso conforme al parametro comportamentale ideale¹⁶², dovendosi evidentemente escludere la possibilità di fondare un giudizio di colpa nel caso in cui si concludesse che l'evento si sarebbe prodotto anche in caso di c.d. comportamento alternativo lecito, e risultando invece ancora problematica l'attribuzione di responsabilità nel caso in cui si dovesse accertare che la condotta doverosa omessa avrebbe semplicemente *diminuito il rischio* di verificazione dell'evento.

Infine, occorre valutare la c.d. misura soggettiva della colpa e dunque accertare se la condotta conforme alle *leges artis* fosse esigibile in quella specifica situazione e da quel particolare imputato. Per questo, andranno presi in considerazione tutti gli elementi idonei a circostanziare il fatto e le conseguenze che ne sono derivate sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

Come risulta evidente da questa sintetica disamina del giudizio colposo, la valutazione del giudice si sviluppa integralmente sulla base di un *modello ideale di comportamento*¹⁶³: il fulcro dell'intera definizione della colpa – dal punto di vista sostanziale – e del relativo accertamento – dal punto di vista processuale – è rappresentato in altre parole dal *parametro comportamentale* a cui contrapporre la condotta effettivamente tenuta.

Come è intuibile, in materia medica la definizione del modello di condotta a cui riferire l'intera indagine colposa si fonda, a sua volta, pressoché totalmente su un

¹⁶¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Diritto pen. proc.*, 2008, 5, p. 648.

¹⁶² Cfr. sul punto GIOVANNI FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito (a proposito di un recente libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1598.

¹⁶³ Cfr. D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in AA.VV., *La responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, Milano, 2011, p. 933.

patrimonio di conoscenze di carattere scientifico¹⁶⁴: solo la scienza, infatti, può spiegare al giudice a) come si sarebbe dovuto comportare il medico, b) se la condotta effettivamente tenuta abbia cagionato proprio l'evento lesivo che le prescrizioni comportamentali miravano ad evitare, ed infine c) se l'adeguamento del soggetto agente al parametro comportamentale imposto nel caso di specie avrebbe permesso di evitare l'evento¹⁶⁵.

In sintesi, solo la scienza è in grado di spiegare se l'evento fosse prevedibile ed evitabile in base alle leggi ed ai dati fattuali conosciuti o conoscibili dal soggetto agente al momento del fatto¹⁶⁶.

Come è stato osservato, più in particolare, “*alla base del giudizio di prevedibilità, riferito all'evento, stanno le medesime leggi causali utilizzabili per stabilire una relazione di causa effetto. La stessa percezione o selezione degli aspetti rilevanti della situazione in cui si agisce, da cui dipende la possibilità di avvertire come pericolosi dati comportamenti, presuppone un patrimonio di conoscenze empiriche 'astratte', su possibili sviluppi causali. È il sapere sul mondo, disponibile per l'agente modello, che consente di formulare giudizi di pericolosità di date situazioni o condotte, e di individuare regole cautelari pertinenti. Per l'agente concreto le conoscenze nomologiche sono oggetto di un dovere di conoscenza, strumentale al dovere di riconoscere e rispettare le regole di diligenza pertinenti al proprio agire*”¹⁶⁷.

Se tutto questo è talmente vero da risultare ormai quasi scontato, è altrettanto vero però che, come si è visto nel capitolo dedicato al rapporto tra scienza e certezza, il sapere scientifico in ambito medico potrà risultare a seconda dei casi ampiamente condiviso oppure, specie negli ambiti altamente specializzati, controverso o semplicemente insufficiente ad esprimere valutazioni certe¹⁶⁸. La scienza medica,

¹⁶⁴ Vedi C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1743 ss.; S. ALEO, *Il problema della responsabilità per colpa professionale del medico tra le teorie e le definizioni causali, l'imputazione oggettiva dell'evento e i possibili contributi dell'analisi funzionalistica*, in S. ALEO, A. CENTONZE e E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, cit., pp. 3 e ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648.

¹⁶⁵ Vedi sul punto P. PIRAS, *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, cit., p. 1519.

¹⁶⁶ Cfr. D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 961.

¹⁶⁷ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648.

¹⁶⁸ Si vedano sul punto le osservazioni di D. CASTRONUOVO, secondo cui “*l'attività medica, sia diagnostica che terapeutica, così come quella chirurgica, si muove in una condizione strutturale di incertezza del risultato positiva dovuta allo stesso substrato dell'intervento costituito dalla realtà*

cioè, non fornisce un corpo organico di informazioni coerenti e conosciute o conoscibili da chiunque. Al contrario, si frammenta in una pluralità di ambiti completamente diversi e risulta connotata da informazioni lacunose, contraddittorie¹⁶⁹, idonee a prospettare risposte solo probabili e fruibili da una gamma di soggetti estremamente eterogenea¹⁷⁰: “*la prassi della scienza vive e si*

*biologica della persona, caratterizzata da una non totalmente prevedibile varietà di idiosincrasie non sempre standardizzabili alla stregua di modelli precauzionali, nonché dominabile solo con una scienza basata intrinsecamente ed inevitabilmente su massime esperienziali e leggi probabilistiche per la spiegazione dei fenomeni o per la formulazione delle regole di intervento”, Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, cit., pp. 971 ss. Si veda sul punto anche D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 173. Interessante a questo proposito anche la definizione di incertezza scientifica offerta da C. RUGA RIVA, secondo cui “con la formula ‘incertezza scientifica’ alludiamo a contesti in cui si avanzano serie congetture di gravi pericoli per beni fondamentali, pur in assenza di consolidate evidenze scientifiche circa la effettiva pericolosità di date condotte, prodotti o sostanze, o in presenza di dati scientifici discordanti o comunque non pienamente corroborati. Si tratta di ipotesi diversamente graduabili: da casi nei quali la spiegazione causale è meramente congetturata sul piano teorico, a casi in cui la procedura di validazione di una congettura scientifica, metodologicamente accreditata e corredata da taluni riscontri empirici, convive con altre di segno diverso, non avendo ancora acquisito il consenso dell’intera comunità scientifica”, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., p. 1743. Ancora, si vedano le considerazioni formulate da F. CENTONZE ed in particolare il passaggio in cui l’Autore sottolinea come “nella scienza non ci sono certezze”, troviamo finalmente scritto nella citata sentenza *Daubert della Corte Suprema degli Stati Uniti che, raccogliendo il frutto del moderno dibattito epistemologico, ribadisce che le leggi della scienza sono ‘null’altro che delle ipotesi di cui non si saprà mai se sono vere o false’. Ed in effetti ‘la storia delle nuove scienze – dalla fisica alla chimica, alla biologia, alla medicina – è la storia di errori compiuti e poi superati; nel suo complesso, e pur negli innegabili progressi la scienza appare come un cimitero di errori, e le leggi scientifiche – anche le leggi causali – non perdono mai la loro natura di ipotesi, di cui è sempre possibile dimostrare la falsità”, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1232. Vedi sul punto anche D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in CANESTRARI S. E FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina*, Ipsos, 2006, p. 32.**

¹⁶⁹ Vedi sul punto, e con specifico riferimento all’ambito della responsabilità medica, A. FIORI, secondo cui “le regole della professione medica sono indicate spesso, sinteticamente, come *leges artis*, ma è ovvio che non si tratta di ‘leggi’ vere e proprie, cioè di regole fisse, bensì di indicazioni di massima, a carattere prevalentemente orientativo, da adattarsi ai singoli casi e, per di più, mutevoli nel volgere di anni in base alla continua evoluzione della pratica medica. La loro natura è eterogenea, gravata da ampi margini di incertezza, di opinabilità e di opzionalità e quindi assai spesso priva delle caratteristiche di una vera e propria regola la cui violazione, sia commissiva che omissiva, configura errore non giustificabile (...). È anche per questa ragione che è, di fatto, insanabile il progressivo viraggio del diritto giurisprudenziale verso l’obbligo di risultato”, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 306.

¹⁷⁰ F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1232. Si veda più dettagliatamente a questo proposito il capitolo dedicato alle linee guida. In questa sede si ritengono sufficienti le considerazioni di D. MICHELETTI, secondo cui “il successo riscosso dal genere ‘linee guida’ ha determinato la proliferazione di documenti basati sulle evidenze, ovviamente concentrati intorno a quei temi caratterizzati da una maggiore rilevanza, da un notevole impatto economico e/o organizzativo e che sono meglio studiati dalla ricerca clinica. Accade così che per molti problemi clinici siano disponibili più linee guida costruite da provider diversi. Da strumento di riduzione dell’incertezza, le linee guida, moltiplicandosi, hanno finito paradossalmente per confermare lo smarrimento del personale sanitario. L’utente dell’informazione medica è così costretto a confrontarsi con documenti apparentemente affini per tecnica di costruzione e finalità che, però, riportano raccomandazioni

alimenta dell'errore, e le riviste scientifiche sono così divenute il palcoscenico sul quale quegli errori si manifestano: esse sono, infatti, piene di ricerche scientifiche pubblicate e poi smentite, anche dagli stessi autori, tra cui studi epidemiologici fortemente contraddittori e fonte di innumerevoli equivoci. D'altra parte, è sufficiente leggere il brillante saggio di Skrabanek e McCormick, i quali cercano di classificare i diversi tipi di errore nella ricerca medica, per avere la conferma di quanto la scienza viva su convinzioni e ragionamenti sbagliati, e procedimenti logici erronei”¹⁷¹.

Alta, di conseguenza, è la possibilità che in un quadro così instabile “il giudice si atteggi a 'costruttore' di regole cautelari sulla base di ricognizioni arbitrarie del rischio”¹⁷² confondendo i deficit colposi del singolo sanitario con i limiti fisiologici

pratiche anche molto dissimili. L'effetto di tale variabilità è alle volte spiazzante e vanifica per intero gli obiettivi che lo strumento 'linee guida evidence based' si prefigge di conseguire. Le fonti di variabilità che determinano le differenze registrabili tra linee guida 'comuni' sono numerose ed è sufficiente in questa sede citare le più rilevanti. La più ovvia è il diverso grado di aggiornamento. Va verificato non solo l'anno di pubblicazione, ma anche il limite temporale al quale si è arrestata la ricerca bibliografica. A seguire, un altro preoccupante elemento differenziale è il peso mutevole che può essere assegnato a considerazioni riguardanti i costi, l'impatto organizzativo, l'equità delle prestazioni offerte, tutte voci che influenzano il c.d. grado di forza assegnato alle raccomandazioni, ossia la fiducia che gli autori ripongono nell'efficacia e nella sicurezza dei comportamenti consigliati. Ancora: somiglianze o addirittura identità nel titolo delle linee guida possono nascondere profonde discrasie su aspetti sensibili quali la popolazione di riferimento, il tipo di intervento preso in considerazione, il setting e gli outcomes valutati. Tali difformità si riversano ineluttabilmente nelle fasi della stesura del documento, della formulazione dei quesiti, delle strategie di ricerca bibliografica, e condizionano le valutazioni relative al bilanciamento tra rischi e benefici e all'attribuzione del grado di forza”, La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo", cit., p. 173.

¹⁷¹ F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1232.

¹⁷² Vedi V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1242 ss. Cfr. anche D. MICHELETTI, laddove affronta il tema della colpa medica individuando nella “copiosità e problematicità” le cifre caratterizzanti la recente giurisprudenza formata in materia, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa, 2009, p. 247. Interessante a questo proposito anche il passaggio di F. CENTONZE in cui si sottolinea come “il giudice nel processo penale vive, allora, in quei casi che implicano il ricorso alle leggi della scienza, una condizione di perenne disagio: un giudice, dunque, sempre più ‘consumatore di letti scientifiche’, ma al contempo perennemente gravato dalla ‘fragilità del mito dello iudex peritus peritorum’. Per due ordini di ragioni. Non solo per una presunta inaccessibilità del sapere scientifico al campo di cognizione del giudice ‘profano’: già Carnelutti scriveva che per ‘giudicare il consiglio del perito il giudice dovrebbe sapere quello che non solo non sa, ma che con la chiamata del perito confessa di non sapere’. Ma anche per gli evidenti limiti, da un lato, di credibilità ed affidabilità dei consulenti nel processo, dall'altro, di validità delle ricerche scientifiche nate fuori dal processo, ma presupposte nei contributi dei consulenti. Di fronte a queste difficoltà il rischio è che il giudice finisca per rifugiarsi nelle due strade più semplici, in quelle che gli garantiscono ‘l'assuefazione’, ‘l'indifferenza burocratica’, ‘l'irresponsabilità anonima’. La prima consisterebbe nel ricorrere al suo libero convincimento, privo di ogni argine e barriera, quindi, al suo personale intuito svincolato dalle leggi della scienza. Rischio, questo, non peregrino. Come

della scienza medica. Come è stato sostenuto, si tratta di un problema tutt'altro che teorico e riconducibile allo “*spirito scienziasta ed antropodeistico che pervade la nostra società contemporanea, in quanto tale refrattaria a riconoscere i limiti e talora l'impotenza della scienza medica, preferendo individuare nel singolo operatore le cause di una vulnerabilità esistenziale cui ideologicamente si ribella*”¹⁷³.

Anche in tema di colpa, dunque, si ripropone intatta la medesima problematica che affligge attualmente lo stretto rapporto tra scienza e diritto penale e rappresentata dalla natura atomizzata e solo probabilistica¹⁷⁴ delle informazioni a cui il diritto penale ha bisogno di attingere per formulare valutazioni che, al contrario, devono essere necessariamente certe *oltre ogni ragionevole dubbio*: se la scienza può rappresentare una guida solo approssimativa, indiziaria, per stabilire che tipo di comportamento sarebbe stato tecnicamente corretto in quella specifica situazione e quali conseguenze ne sarebbero derivate, infatti, altrettanto approssimativi saranno i confini della natura colposa della condotta indagata.

nota Stella, nelle sentenze di diverse corti italiane ed europee si assiste oggi ad un 'rilancio del principio del libero convincimento' attraverso degli iter motivazionali assai singolari: alla piena e molte volte esplicita cognizione, infatti, da parte di quei giudici della oggettiva incertezza delle leggi della scienza nella spiegazione di un determinato nesso causale, seguono sentenze di condanna fondate invece su un convincimento soggettivo che il giudice si forma indipendentemente dai risultati della ricerca scientifica, magari rafforzato dall'utilizzo dei concetti di mera idoneità ex ante di aumento del rischio. La seconda scorciatoia del giudice potrebbe consistere nell'affidarsi al parere del consulente dell'accusa, ausiliario di un organo spesso ritenuto comunque imparziale, dedito alla ricerca della verità e pur sempre 'autorità giudiziaria', Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale, cit., p. 1232.

¹⁷³ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 248.

¹⁷⁴ Vedi sul punto A. FIORI, per cui “*un aspetto poco considerato a livello dell'opinione pubblica, ma anche di magistrati, di giuristi e degli stessi medici, compresi i periti, che ha rilevanza nel fenomeno del contenzioso giudiziario per responsabilità medica, è costituito dai limiti della medicina scientifica. Su questi limiti vi è insufficiente consapevolezza a causa degli indubbi successi della scienza biomedica e delle sue applicazioni pratiche, che mettono spesso in ombra la grande quota di pazienti nei quali le cure più aggiornate non impediscono l'aggravamento della malattia e anche la morte. Proprio questi limiti, in alcuni settori e in molti casi pratici, segnano difatti confini tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Infatti le conoscenze di molte malattie sono a volte insufficienti e i mezzi che il medico si obbliga ad impiegare non garantiscono affatto, in un certo numero di casi, nessun risultato positivo. E questa scarsa conoscenza dei limiti della medicina crea illusioni e genera delusioni che vanno ad alimentare il contenzioso. I periti, che per ragione della loro professione e cultura scientifica dovrebbero offrire i necessari strumenti interpretativi in proposito, si fanno invece spesso portavoce di certezze scientifiche, purtroppo di frequente infondate*”, *Medicina legale della responsabilità medica, nuovi profili*, cit., p. 317.

Se però in tema di causalità il problema – quanto meno a parere di chi scrive, come si è cercato di argomentare – assume una connotazione eminentemente processuale, in tema di colpa assume una connotazione anche e soprattutto sostanziale.

Dal primo punto di vista, infatti, l'incertezza della scienza rende solo più problematica la gestione delle informazioni su cui il giudice deve fondare il proprio convincimento. Di conseguenza, rappresenta per il giudice né più né meno che un *deficit* cognitivo e probatorio colmabile mediante l'ausilio delle ulteriori informazioni fattuali e logiche a disposizione per argomentare, in un'ottica *ex post*, le ragioni a sostegno delle sue conclusioni.

Molto diverso, invece, il ruolo della incertezza scientifica in ambito colposo: la indisponibilità di leggi scientifiche capaci di fornire al medico la puntuale conoscenza delle conseguenze delle sue azioni, infatti, impedisce necessariamente di poter formulare *ex ante* un giudizio *certo* in merito alla possibilità di prevedere l'evento che si è poi effettivamente verificato e, a maggiori ragione, definire in termini assoluti una regola di condotta idonea ad evitarlo.

Mentre, dunque, dal punto di vista causale il sapere scientifico assurge a strumento con cui accertare la condotta tenuta dal medico e confrontarla con quella esigibile nel caso concreto, dal ben più delicato punto di vista del giudizio di colpa l'incertezza scientifica si ripercuote sulla stessa possibilità di definire un tipo colposo sufficientemente preciso, determinato¹⁷⁵ e dunque idoneo a rappresentare un parametro di riferimento a cui il medico può rivolgersi per comprendere prima, in un'ottica specialpreventiva, la condotta pretesa dall'ordinamento, e poi, in un'ottica retributiva, la ragione della sanzione¹⁷⁶. Come è stato osservato, infatti, “*perché*

¹⁷⁵ Cfr. D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 961.

¹⁷⁶ La circostanza pare allo stato pressoché pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza. Quanto a quest'ultima, si cita a mero titolo esemplificativo un passaggio di una recente pronuncia in cui si è sottolineato come “*la collocazione teorica della colpa oggi non (può) esaurirsi nell'ambito della colpevolezza, ma attiene direttamente anche alla tipicità del fatto*”, Cass. 17 maggio 2007, n. 885, in Foro It., 2007, II, p. 550. Quanto alla dottrina, invece, si ricorda il passaggio di D. PULITANÒ in cui si osserva come “*la violazione di regole cautelari (o di diligenza) ha una doppia rilevanza: non solo sul piano della colpevolezza, ma già su quello della tipicità. Ogni crimen culposum riceve la sua fisionomia dal nesso intercorrente tra la violazione della diligenza oggettiva e la realizzazione degli elementi richiesti dalla singola norma incriminatrice*”, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648. Si veda, ancora, D. CASTRONUOVO, per cui “*una essenziale evoluzione della dogmatica della colpa ha visto lo spostamento di alcune tematiche generali, tra cui quelle relative al cosiddetto rischio consentito, al principio di affidamento (...), dal settore della imputazione soggettiva per colpa alla stessa tipicità e imputazione oggettiva. Il passaggio (...) non è da considerarsi quale una mera attività di spostamento di mobili all'interno di un vecchio appartamento, secondo la nota metafora*

risulti rispettato il principio di legalità, anche sotto il profilo della complessiva certezza del precetto, occorre che il contenuto della cautela doverosa possa essere disponibile ex ante, in termini di chiarezza e precisione, per il singolo agente che fronteggi una situazione pericolosa e non arbitrariamente derivato in sede di giudizio dalla vicenda materiale. Diversamente, infatti, risulterebbe sacrificata la funzione di orientamento che deve essere riconducibile alla fattispecie e tale da consentire a ciascun destinatario della norma la possibilità di uniformare il proprio agire ai paradigmi doverosamente richiestigli in via cautelare, e cioè al fine di evitare la realizzazione di un'offesa penalmente rilevante”¹⁷⁷.

La specificazione del ruolo e dei limiti della scienza in tema di colpa, dunque, non è soltanto funzionale ad una maggiore concretizzazione dell'accertamento della responsabilità, ma assolve ancor prima alla imprescindibile esigenza di definire,

'sistematica'; ha infatti importanti risvolti in ordine alla stessa risoluzione dei problemi insorti circa la natura delle regole cautelari, il loro rapporto con la norma penale che prevede delitti commissivi colposi d'evento, nonché le fonti degli obblighi di garanzia allorché vengano in questione delitti omissivi d'evento. Le tappe di questa evoluzione si possono sinteticamente schematizzare: 1) la concezione tradizionale risalente intendeva la colpa medica come colpa psicologica consistita nella negligenza o disattenzione del medico, che non evitava conseguenze infauste o risultati che erano da lui prevedibili ed evitabili; 2) la colpa viene dalla concezione normativa spostata dall'ambito della mera colpevolezza, (anche) a quello della tipicità del fatto stesso, cosicché risulta colposa (oggettivamente, per quel che riguarda il livello della misura oggettiva) la condotta medica che, causale (in senso attivo o omissivo) rispetto all'evento infausto, risulti contraria ad una regola cautelare; 3) secondo la concezione che somma l'accoglimento di una nozione normativa della colpa alle moderne teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, invece, la misura oggettiva della colpa si calibra rispetto ad una condotta che abbia già attivato rischi di evento identificandosi con la mancata adozione delle cautele idonee a eliminare, oppure diminuire entro la misura consentita il suddetto rischio, prevedibile da parte dell'agente. Superata ormai la concezione psicologica della colpa, e acquisita come dato pacifico in dottrina e giurisprudenza la funzione tipizzante del fatto delle note di negligenza, imprudenza e imperizia, a contendersi il campo rimangono le ultime due concezioni. Quella più tradizionale vede la verifica del superamento del livello di rischio consentito come giudizio fondamentalmente e totalmente sovrapponibile al riscontro della negligenza oggettiva: vi è condotta medica colposa se ed in quanto il rischio consentito è stato superato, in quanto non sono state adottate le cautele in concreto doverose. L'impostazione monodimensionale dell'aspetto normativo del fatto colposo mostra, nondimeno, alcune incertezze proprio nell'ipotesi, come sono quelle di colpa medica, dove è difficoltoso individuare il contenuto dell'obbligo di diligenza dalle fonti esterne alla fattispecie penale cristallizzate in norme giuridiche generali aventi funzione precauzionale, nei settori cioè dove domina la colpa generica. Le incertezze si riscontrano a livello normologico, poiché in questi settori più che in quelli dove si attiva con maggiore frequenza la responsabilità per colpa specifica, si delinea la difficoltà di individuazione di un dovere di diligenza non indicizzato, che sembra costituire il discrimine essenziale tra lecito e illecito, il quale assume conseguentemente contorni incerti, segnalandosi la dubbia compatibilità costituzionale delle fattispecie colpose alla stregua dei principi di legalità formale e di tassatività”, Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, cit., p. 944.

¹⁷⁷ G. ROTOLO, “Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, p. 1259. Cfr. anche F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1313 ss.

tipizzandolo, lo stesso *precetto penale* nell'interesse prima di tutto del medico e della qualità della sua attività: come è già stato accennato nella prima parte del presente lavoro, infatti, *“la preoccupazione di incorrere in una responsabilità dalla soglia minima ondulatoria induce a prassi aberranti, ma non incomprensibili, come il rifiuto dei casi difficili, destinati ad innescare la prassi, talvolta infinita, dello scaricabarili tra un medico e l'altro, tra un'azienda ospedaliera e l'altra; fenomeno, questo, significativamente denominato 'medicina difensiva passiva'. Da qui la richiesta da parte del medico, come del resto di ogni cittadino, di regole certe, alla quale, però, fa riscontro una legalità complessivamente laconica, dato che anche la giurisprudenza, con i suoi eccessi di creatività e mutevolezza, si mostra incapace di fornire modelli di comportamento sufficientemente attendibili”*¹⁷⁸.

Data la complessità della questione, è opportuno procedere con ordine ed analizzare le problematiche che la incertezza scientifica pone in ciascuno snodo dell'indagine colposa.

2. LA PROBLEMATICAZIONE INDIVIDUAZIONE DEL PARAMETRO COMPORTAMENTALE

L'importanza della componente oggettiva della colpa rappresenta un dato ormai scontato nella moderna dottrina¹⁷⁹.

Il passaggio dalla concezione psicologica alla concezione normativa¹⁸⁰ della colpevolezza¹⁸¹, infatti, ha permesso di chiarire definitivamente che l'accertamento

¹⁷⁸ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubb.*, 2003, p.161.

¹⁷⁹ Vedi sul punto F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 e F. PALAZZO, secondi cui *“la categoria dogmatica della colpa ha subito un processo di 'de-psicologizzazione' e di 'normativizzazione', che è sotto gli occhi di tutti. Le ragioni di ciò risiedono non solo in esigenze endosistematiche, interne al diritto penale e derivanti dai principi di garanzia, specialmente di determinatezza della colpa. La normativizzazione della colpa risponde anche ad esigenze extrasistematiche, che nascono dall'evoluzione della realtà sociale”, Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, p. 1229. Cfr. anche D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 933.

¹⁸⁰ Cfr. sul punto S. PREZIOSI, laddove ricorda come *“l'illecito penale colposo non può oscurarne il suo divario strutturale rispetto al reato doloso, dato che il primo è indefettibilmente violazione della diligenza oggettiva: l'essenza della colpa in chiave normativa ne garantisce, così, un solido aggancio*

colposo non ha più ad oggetto soltanto l'ambito soggettivo, ma attiene al confronto oggettivo e soprattutto *normativo* tra la condotta effettivamente tenuta e quella che l'ordinamento imponeva in quella specifica situazione.

Il reato colposo, in altri termini, non corrisponde ormai più ad un semplice comportamento offensivo che si addebita ad un soggetto di non aver saputo evitare. Si sostanzia, invece, in un comportamento offensivo, *contrastante con un parametro comportamentale*, che si addebita ad un soggetto di non aver saputo evitare¹⁸².

La regola cautelare, per questo, assume non soltanto la funzione processuale di termine di confronto e quindi di giudizio, ma ancor prima quella di elemento costitutivo della stessa fattispecie colposa¹⁸³.

La ricerca del parametro comportamentale a cui riferirsi per esprimere il giudizio colposo, cioè, “*risponde a un'esigenza di definizione processuale della stessa tipicità penale*”¹⁸⁴: “*attraetta nell'orbita del fatto colposo, la regola cautelare condivide la*

contenutistico”, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, p. 1985.

¹⁸¹ Cfr. F. BASILE, secondo cui “*il requisito positivo (che proprio per la sua natura 'positiva' deve costituire oggetto di specifica prova) consiste nella violazione di una regola cautelare. Si tratta del requisito caratterizzante la colpa; anzi, usando una terminologia di illustre ascendenza, si tratta della stessa 'essenza' della colpa: una essenza tutta normativa, in quanto la colpa si sostanzia nel contrasto tra la condotta effettivamente tenuta dall'imputato e la condotta rispettosa della regola cautelare che avrebbe dovuto essere tenuta dall'imputato*”, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸² Cfr. D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 249.

¹⁸³ Cfr. A. MASSARO, secondo la quale “*nell'idea per cui dalla carenza di un requisito della colpa deriva quale effetto l'assenza di una condotta penalmente rilevante risuona chiaramente l'eco della teoria finalistica dell'azione, atteggiandosi quale specificazione della più generale premessa per cui, nelle fattispecie causalmente orientate, dolo e colpa sono elementi indispensabili per la stessa individuazione della condotta tipica. La c.d. doppia funzione della colpa, del resto, con l'attribuzione di un preciso ruolo alla regola "oggettiva" di diligenza già in sede di descrizione della condotta, affonda le sue radici proprio nel terreno arato dalla teoria finalistica dell'azione*”, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, *Nota a Cass.*, sez. IV, 1 ottobre 2008, n. 39882, in *Cass. pen.* 2009, 12, p. 4699.

¹⁸⁴ L'espressione è di D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, cit., p. 173. Vedi sul punto anche F. GIUNTA, per cui “*in un sistema penale retto dal principio di stretta legalità, il giudizio di evitabilità è delimitato da quello di tipicità, che opera quale suo presupposto logico e funzionale. L'evitabilità che interessa il diritto penale, dunque, ha ad oggetto esclusivamente il comportamento descritto nella fattispecie incriminatrice. Ora, segnatamente in relazione ai reati colposi, per lungo tempo si è ritenuto che il fatto tipico fosse interamente descritto nella norma di parte speciale e, per altro verso, che il criterio di evitabilità dovesse forgiarsi in base al parametro della prevedibilità. Questa conclusione discendeva da due erronee premesse, a loro volta influenzate dalla concezione naturalistico causale dell'azione e dalle sue ricadute sulla tipicità penale. Il riferimento è anzitutto alla identificazione della fattispecie penale con l'articolo di legge, che dà il nome al singolo illecito colposo e nel cui contesto la condotta tipica appare esangue, in quanto indicata attraverso le sole note che consentono di differenziarla dalle altre tipologie di reato. Oggi, l'analisi strutturale della norma penale e l'approfondimento del fenomeno dell'integrazione tra*

*duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equilibrato e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del favor libertatis; la sua determinazione, di conseguenza, non può essere rimessa alla discrezionalità del giudice, ma deve risultare predefinita e riconoscibile ex ante dall'agente quale regola comportamentale astratta*¹⁸⁵.

Quanto appena osservato ha trovato un pieno e incondizionato riconoscimento nella più recente giurisprudenza di legittimità, ove si legge che *“la premessa teorica da cui occorre prendere le mosse sul tema della colpa è costituita dalla constatazione dell'avvenuto superamento delle più risalenti teorie che fondano la responsabilità colposa su elementi psicologici. Oggi è ormai pressoché generalmente accettata la costruzione teorica che afferma la natura normativa della colpa (...) nel senso che il*

norme ha permesso di acquisire invece che la fattispecie penale non ha una dimensione per così dire meramente grafica e topografica; non coincide cioè con gli articoli, i commi e le disposizioni che contengono determinati elementi descrittivi del fatto punito. La fattispecie penale, piuttosto, è un'articolata realtà linguistica e logica, ovvero l'insieme degli enunciati normativi da cui dipende la compiuta descrizione del fatto e delle condizioni necessarie per il suo assoggettamento a pena. È l'unità di senso, dunque, che coagula e delimita la fattispecie. In secondo luogo, va tenuto presente che il concetto di prevedibilità è entrato nella teoria della colpa come mero succedaneo dogmatico delle componenti volutaristiche e intellettivistiche dell'agire colposo che, sotto il predominio delle concezioni psicologiche della colpevolezza, si ritenevano ontologicamente infedibili e assolutamente necessarie per assicurare il coefficiente minimale di personalità dell'illecito penale. Nelle prime concezioni normative della colpa, la prevedibilità operava cioè come criterio di ascrizione di un comportamento naturalisticamente inteso. Così opinando, però, si trascurava, e ancora oggi talvolta si continua a trascurare, che in tali impostazioni la prevedibilità non funge solo da parametro normativo o di valutazione, ma a ben vedere vuole essere norma di comportamento essa stessa. Infatti, quando si afferma che a causa della sua prevedibilità un certo evento poteva essere evitato dall'agente, si intende dire che modificando il comportamento in modo da rendere non più prevedibile l'evento, quest'ultimo non si sarebbe verificato. In breve: la normatività della colpa non si esaurisce nella ricerca di un parametro di imputazione, ma soddisfa un'istanza di integrazione della norma penale nella descrizione del fatto colposo. Non meraviglia pertanto che la scoperta della funzione tipizzate della regola cautelare abbia determinato, nella sistematica del delitto colposo, un coerente spostamento già nell'ambito del fatto tipico dei connotati della colposità. Quale regola modale, la norma cautelare esprime una inevitabilità degli eventi in termini impersonali, ancora insufficiente a fondare un giudizio di colpevolezza del singolo agente, ma capaci di contribuire ad indicare la pretesa comportamentale fatta valere in termini oggettivi dalla fattispecie penale, ovvero il presupposto del giudizio di evitabilità personale. Attratta nell'orbita del fatto colposo, la regola cautelare condivide dunque la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equidistante e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del favor libertatis”, F. GIUNTA, La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, cit., p. 90. In un altro scritto lo stesso Autore ha cura di precisare ancora come “l'incontro della teoria della colpa con il principio di legalità e i suoi corollari (dalla determinatezza all'irretroattività della legge penale sfavorevole, passando per l'attualmente vituperato canone della riserva di legge) era iscritto nel genoma della concezione autenticamente normativa del dovere di diligenza. Basti pensare a una delle prime tappe della “nuova” impostazione: la teoria dei reati colposi come “fattispecie aperte” – secondo la rinomata concezione di Hans Welzel – conteneva in nuce l'esigenza di un completamento del fatto di reato. Ebbene, proprio sulla scorta delle critiche indirizzate alla teoria degli offese Tatbestände, che lasciava ‘aperti’ i tipi colposi, non si manca di riconoscere oggi che la colpa è innanzitutto un problema di tipicità”, La legalità della colpa, in Criminalia, 2008, p. 149.

¹⁸⁵ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 647.

fondamento della responsabilità è rinvenibile nella contrarietà della condotta a norme di comportamento di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e nell'inosservanza del livello di diligenza oggettivamente dovuta ed esigibile (...). È dunque logica la conclusione che la collocazione teorica della colpa oggi non possa esaurirsi nell'ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla tipicità del reato (...). La natura normativa della colpa risulta ancora più evidente nelle fattispecie di reato (...) denominate 'causalmente orientate' (in particolare omicidio e lesioni colpose) – caratterizzate dal fatto che il legislatore prende in considerazione esclusivamente l'evento senza che venga descritta la condotta – nelle quali la tipicità è descritta sostanzialmente dalle regole cautelari violate”¹⁸⁶.

Se queste considerazioni possono definirsi dunque ampiamente condivise in dottrina e giurisprudenza, meno indagate sono però le immediate conseguenze che ne derivano: la dimensione oggettiva e normativa della colpa, infatti, impone di considerare la ricerca del parametro comportamentale di riferimento come un atto di ricognizione normativa; che si prefigge, cioè, di individuare il frammento esterno al quale la norma incriminatrice si congiunge per il tramite degli elementi normativi negligenza, imprudenza e imperizia.

Il giudice, in quest’ottica, dovrebbe perdere qualsiasi funzione creativa o anche solo interpretativa, assumendo il ruolo di mero recettore del parametro, già esistente al momento del fatto, al quale contrapporre la condotta effettivamente tenuta dal soggetto agente: *“il riferimento ad un sistema normativo esterno, di regole cautelari, riguarda la colpa in tutte le sue forme (anche la colpa generica). Al giudice (...) compete un compito non di integrazione giurisprudenziale delle fattispecie normative, ma, ai fini della colpa generica, di individuazione delle regole sociali pertinenti al caso concreto”*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Cass. Pen., sez. IV, 19 maggio 2007, n. 4675, parte IV, sezione III, cap. III, punto c).

¹⁸⁷ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 647. Vedi sul punto anche F. GIUNTA, per cui *“il numero chiuso dei reati colposi non dipende soltanto dal principio della loro espressa previsione legislativa (art. 42, comma 2, c.p.), ma anche dal numero chiuso (seppure in continua crescita, nonostante l’operare anche in questo settore della desuetudine) delle regole cautelari esistenti. Si tratta, dunque, di una doppia frammentarietà: la discontinuità propria del diritto penale si combina con il carattere puntiforme del dovere di diligenza, che si concretizza nel rispetto di regole di comportamento preesistenti alla situazione di pericolo e riconoscibili ex ante da parte dell’agente. Pertanto, i reati colposi sono sempre a ‘forma vincolata’, posto che ogni violazione di regola cautelare scolpisce altrettante modalità della condotta tipica. Questo profilo non ha*

Se tutto questo è vero, se cioè il fulcro del giudizio colposo è pressoché integralmente rappresentato dal comportamento ritenuto scientificamente conforme alle conoscenze disponibili in quel momento, la definizione del tipo colposo ed il successivo accertamento risulteranno agevoli o comunque possibili nelle attività di scarsa complessità connotate, in quanto tali, da un sapere che, anche se di natura scientifica e dunque difficilmente attingibile dal giudice, sia ampiamente sperimentato, definitivamente penetrato nel c.d. circolo sociale di appartenenza del soggetto agente e dunque idoneo, in quanto tale, a fondare un giudizio certo in merito alla prevedibilità dell'evento.

Dal punto di vista sostanziale, la possibilità di attingere ad informazioni incontrovertibili circa le scelte terapeutiche che un medico avveduto avrebbe dovuto adottare in una determinata situazione, permette di formulare un precetto penale altrettanto chiaro e intellegibile, in quanto fondato su una condotta tipica dettagliata e corrispondente a quella che avrebbe tenuto un agente modello. Il soggetto agente, di conseguenza, sarà posto nelle condizioni di conoscere con certezza ciò che l'ordinamento si attende da lui e dunque, nel caso si discosti dalla condotta diligente prescritta dal precetto integrato dal parametro comportamentale, potrà certamente capire la ragione per cui l'ordinamento gli commina una sanzione.

Dal punto di vista processuale, invece, la possibilità di riferirsi a conoscenze scientifiche certe permetterà di condurre senza intoppi l'indagine relativa ai primi tre snodi fondamentali del giudizio colposo rappresentati, come accennato in premessa, da 1) la individuazione del modello comportamentale a cui possa essere parametrata la condotta effettivamente tenuta dal sanitario, 2) la riconducibilità dell'evento

mancato di affiorare nella giurisprudenza di legittimità, allorché si è correttamente affermato che il giudice non è facitore, ma solo fruitore di regole cautelari. Detto altrimenti: nell'accertamento della colpa (rectius: della regola cautelare), al pari di quanto accade in materia di causalità, l'interprete ricorre a un sapere esterno e specialistico, che, se del caso, entra nel processo attraverso la consulenza tecnica (o meglio: attraverso il necessario contraddittorio tra gli esperti). Dal punto di vista metodologico, in entrambi i casi il giudice è vincolato da un parametro di giudizio che egli non crea, ma trova, trattandosi per l'appunto di un fondamentale elemento di tipicità", La legalità della colpa, cit., p. 149. Cfr. sul punto anche qualche timida pronuncia giurisprudenziale, in cui viene sottolineato come "in tema di colpa (...) il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute o conoscibili dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia", Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, Fratta, in Cass. pen., 2001, p. 1217.

concretamente cagionato nella classe di quelli che la norma cautelare era preposta ad evitare ed infine 3) l'accertamento relativo alla evitabilità dell'evento.

3. L'AGENTE MODELLO NEI CONTESTI DI INCERTEZZA SCIENTIFICA: LIMITI DI UN PARAMETRO ANACRONISTICO

Alla luce di queste considerazioni, è agevole intuire che in casi siffatti l'accertamento potrà essere condotto mediante il ricorso al tradizionale parametro dell'agente modello che informa la colpa generica e si fonda, come noto, sul semplice confronto in una prospettiva *ex ante* ed in concreto fra la condotta tenuta dall'agente reale e quella che avrebbe tenuto un agente ideale¹⁸⁸.

Secondo una comune definizione, infatti, *"l'agente-modello integra un criterio normativo calato sul terreno della tipicità colposa che impersonifica le pretese dell'ordinamento nel modo seguente: il soggetto avrebbe dovuto rappresentarsi la pericolosità della condotta allorché questa avrebbe potuto essere riconosciuta da un uomo ragionevole, coscienzioso ed avveduto, sulla scorta delle conoscenze nomologiche disponibili nell'ambito della sua cerchia sociale di appartenenza o, più in generale, tra i consociati, tanto da indurlo ad astenersi dall'azione o ad adottare le cautele doverose. Il dovere di riconoscere, tuttavia, si precisa in rapporto alla situazione oggettiva, nel senso che la possibile verifica del fatto deve scaturire dal combinarsi delle conoscenze nomologiche standard della figura modello con l'occasione di applicare tali conoscenze. In altre parole, il contesto 'situazionale' deve essere idoneo a mettere sull'avviso circa la pericolosità della condotta e, in definitiva, ad attivare le cognizioni nomologiche"*¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Cfr. D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 933.

¹⁸⁹ C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ragionevole dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 636. Molto simile la definizione di S. PREZIOSI, secondo cui *"la funzione tipizzatrice dell'agente modello abbraccia l'evento del reato colposo, il quale, come già si è detto, rappresenta la concretizzazione di un rischio disapprovato dall'ordinamento. Questo implica che l'obbligo di osservanza della regola precauzionale è strettamente connesso e tipizzato in funzione di un determinato evento: l'antidoverosità penale non è legata ad un indifferenziato evento lesivo, bensì ad uno specifico rischio di cui l'evento costituisce la concretizzazione. E se il concetto di agente modello si staglia contenutisticamente sul rischio consentito, l'antidoverosità della condotta è necessariamente legata alla realizzazione di quel determinato evento in conseguenza della violazione di una regola*

Adottando il parametro dell'agente modello¹⁹⁰, dunque, i passaggi necessari a sviluppare il giudizio colposo seguiranno la scansione tradizionale recepita in pressoché tutti i manuali: prima di tutto si prenderanno le mosse dalla persona dell'imputato per conformare un giudizio aderente alle sue caratteristiche specifiche quali età, professione, struttura fisica ecc.¹⁹¹. Se è infatti vero che si tratta di un

precauzionale. Propriamente, dunque, non è dall'ambito di protezione della regola precauzionale che si ricava direttamente l'evento rilevante/tipico del reato colposo, ma dal fatto che l'evento rappresenti tipicamente la concretizzazione di un rischio disapprovato. Ne segue, ulteriormente, che, in tale prospettiva, rischio disapprovato ed evento concretizzato sono in rapporto di tipicità: l'evento realizzatosi deve essere quello la cui (possibile) verifica rappresenta un rischio non consentito dall'ordinamento. Ciò vuol dire che i termini di una simile relazione devono essere noti ex ante, altrimenti non avrebbe ragion d'essere parlare di rischio consentito, di agente modello, e più in generale di tipicità del reato colposo di evento. Non vi può essere approvazione o disapprovazione di un rischio senza sapere previamente quali siano gli eventi la cui possibile realizzazione non è tollerata. Salva l'ipotesi in cui tutti i possibili eventi dannosi derivanti da una determinata attività siano disapprovati, vuoi perché vi sia un difetto di conoscenza nomologico-causale, vuoi perché si ritenga che l'utilità sociale dipendente dall'attività stessa sia troppo modesta rispetto ai rischi che produce: in tal caso, però, ai fini dell'integrazione della fattispecie colposa, dovrà pure esistere una regola precauzionale che vieti in radice l'attività in questione (che per ciò solo, però, come già avvertito, non si converte in attività illecita). Si ripete: anche qui ci troveremo sempre nell'ambito della responsabilità colposa, fin quando la realizzazione dell'evento non sia voluta dall'agente. Così, ad esempio, se uno sport risultasse eccessivamente pericoloso e ne venisse pertanto vietata la pratica in via autoritativa, colui che lo organizzasse o, comunque, ne consentisse l'esercizio, potrebbe certamente rispondere ma solo a titolo di colpa per l'evento lesivo che si dovesse verificare in conseguenza di esso", Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento, cit., p. 1985.

¹⁹⁰ F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012.

¹⁹¹ Cfr. sul punto D. CASTRONUOVO, per cui "un aspetto da considerare è sicuramente la natura del concetto di modello di agente; esso non definisce in modo generale e astratto uno standard di comportamento, ma costituisce un modello tipologico: vale a dire che i parametri non sono da esso forniti in modo avulso dalla realtà di fatto, ma sono necessariamente calati nelle particolarità del caso concreto. Si può dire che gli elementi di rigidità che ad una certa qualifica differenziata di agente si atagliano non sono gli elementi che definiscono direttamente la condotta diligente o perita, ma sono quelli che identificano un certo livello generale di capacità conoscitive e operative. La tipologia di precauzioni esigibili dipende dalla interazione di quello standard cognitivo applicativo con le circostanze del caso concreto. Pertanto il parametro di riferimento della colpa generica si concretizza in primo luogo in relazione alle condizioni oggettive del contesto in cui il medico è chiamato ad operare: è chiaro, ad esempio, che un conto è un intervento effettuato in un grande ospedale dotato delle più moderne attrezzature e un conto è lo stesso intervento se effettuato in una situazione di emergenza presso il nosocomio di provincia o in un pronto soccorso isolato. Invero per quanto possibile è ovviamente obbligo del medico inviare il paziente presso la struttura fornita delle dotazioni di personale specializzato di strumenti adeguati alla tipologia di intervento o di terapia; chiaramente però potrà accadere che esigenze di necessità impellente o di imminente pericolo di vita per il paziente impongano una attivazione tempestiva e immediata. In questi casi, certamente, non può pretendersi da un lato che intervenga un medico appartenente alla categoria di agenti modello che sarebbe ordinariamente abilitata per quelle tipologie di intervento; d'altra parte non imporsi a chi agisca in un contesto di particolare difficoltà o urgenza lo stesso standard di perizia e diligenza che si esigerebbe dal sanitario, appartenente alla medesima categoria di agenti modello, ma in condizioni ottimali e ideali. Il secondo profilo della concretizzazione concerne le conoscenze o le capacità superiori o inferiori dell'agente concreto: si tratta evidentemente di un concetto relazionale, poiché la natura speciale, per difetto o per eccesso, di una certa caratteristica può essere definita tale solo in relazione allo standard generale costituito dal modello. Quanto alla soluzione di questo problema,

“modello”, in quanto tale distinto rispetto all’agente concreto, è altrettanto vero che “non è possibile fare completamente astrazione dalla persona dell’agente: non fosse altro perché una sua particolare capacità o conoscenza, o una sua accentuata incapacità o ignoranza, possono costituire il motivo principale dell’addebito di colpa”¹⁹². Una volta individuato il gruppo di persone “omologhe” – corrispondente, cioè, alla cerchia sociale di appartenenza del soggetto agente – occorrerà estrarne il c.d. idealtipo, vale a dire un esponente “coscienzioso ed avveduto”.

Fatto ciò, si individueranno le informazioni di carattere fattuale e tecnico che era legittimo pretendere al momento del fatto in capo al soggetto.

La combinazione delle variabili così determinate permetterà di tipizzare, in relazione al caso di specie, il parametro comportamentale di riferimento o, più semplicemente, la condotta che era legittimo attendersi da quel dato soggetto in relazione a quella specifica situazione e valutare, rispetto ad essa, l’eventuale scostamento di quella effettivamente tenuta dal medico¹⁹³.

In conclusione, se la piattaforma scientifica è solida, omogenea e circoscritta in un ambito scientifico ben determinato – capace, cioè, di prospettare un medesimo nucleo di informazioni per una molteplicità indistinta di destinatari – la nozione di

*possono sintetizzarsi almeno nella evoluzione della dottrina in materia di colpa, tre orientamenti: 1) un orientamento tendente ad un’estrema concretizzazione del modello, che pretenderebbe di individuare il contenuto dell’obbligo di diligenza considerando tutte le caratteristiche dell’agente concreto; 2) secondo un orientamento di estrema normatività, essendo appunto il concetto di agente modello un concetto normativo, andrebbero prese in considerazione solo le caratteristiche, e dunque le conoscenze e le capacità, corrispondente al modello attinente al ruolo sociale rivestito dall’agente (e dunque rileverebbero le capacità e conoscenze tipiche di un medico generico, di uno specialista eccetera, senza che alcun rilievo sul piano della imputazione possa attribuirsi alle conoscenze dell’agente concreto); 3) una impostazione intermedia, decisamente prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, distingue tra conoscenze ontologiche e nomologiche superiori e capacità particolari dell’agente concreto; secondo questa impostazione, mentre le conoscenze superiori possono incidere sull’individuazione del parametro di diligenza, le conoscenze inferiori dell’agente concreto non rilevano a livello di tipicità colposa, ma possono essere prese in considerazione per la personalizzazione del rimprovero a livello di colpevolezza, nell’ambito della misura soggettiva della colpa”, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 968.*

¹⁹² G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 185.

¹⁹³ Cfr. sul punto le osservazioni di S. PREZIOSI, secondo cui “l’homo eiusdem conditionis et professionis è un parametro normativo, ossia esprime il ‘punto di vista dell’ordinamento’. Ciò viene specificato ulteriormente nel senso che la tipicità colposa sussiste in quanto l’agente avrebbe dovuto riconoscere il fatto come potenzialmente dannoso sulla scorta delle conoscenze nomologiche che racchiudono l’insieme dei giudizi predittivi che l’ordinamento si attende siano conosciuti da parte di chi intraprenda una determinata attività (possibilità di riconoscere) e sul presupposto che lo stesso agente (modello) ‘si sarebbe comportato diversamente da come l’agente concreto ha agito’, astenendosi dal compiere l’azione o adottando cautele che il medesimo agente concreto non ha adottato. In una proposizione estremamente efficace: ‘il dovere di riconoscere è cioè la possibilità di riconoscere rapportata al punto di vista della figura modello’”, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, cit., p. 1985.

agente modello risulterà certamente agevole perché altrettanto chiari e precisi saranno gli svariati termini elastici – *pericolosità* della condotta, natura *ragionevole*, *coscienziosa* ed *avveduta* del soggetto agente, *cerchia sociale di appartenenza* – che la compongono.

Il discorso cambia, e di molto, con la crisi di certezza che affligge la scienza ed in particolare la scienza medica.

La concezione della scienza su cui poggia la figura dell'agente modello, infatti, affonda le radici in un clima culturale fiduciosamente legato all'idea che il sapere fornisca all'uomo tutti gli strumenti necessari a prevedere ed evitare ben determinati pericoli per i beni giuridici.

Come visto fino ad ora, però, una simile impostazione appare oggi fortemente compromessa dalla possibilità di assegnare alla 'riconoscibilità del rischio' ed ai suoi presupposti una connotazione scientifica affidabile.

Se l'agente modello poteva dunque richiamare in passato l'immagine di un uomo matematico, una sorta di calcolatore capace di offrire un risultato obiettivo, certo, in base alle informazioni altrettanto certe e condivise che gli venivano fornite, oggi si cimenta con una tavola di doveri di difficile lettura ed incapaci, in quanto tali, di offrire rassicuranti regole di comportamento¹⁹⁴.

Quanto appena osservato risulta di immediata evidenza proprio rispetto alla attuale realtà della scienza medica¹⁹⁵.

In quest'ambito, infatti, vengono messi in discussione entrambi i presupposti su cui si fonda il parametro dell'agente modello, vale a dire la possibilità di selezionare in modo certo le informazioni da ritenersi conosciute o comunque conoscibili dal soggetto agente, ed in secondo luogo la possibilità di esprimere in modo altrettanto certo il giudizio di prevedibilità fondante l'intero rimprovero colposo¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Vedi anche F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, cit., p. 1229.

¹⁹⁵ Cfr. G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, cit., p. 1259.

¹⁹⁶ Cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., p. 90. Si veda sul punto anche D. PULITANÒ, secondo cui il criterio dell'agente modello correntemente richiamato nella letteratura manualistica è stato "messo in discussione da un filone dottrinale che ne sostiene la scarsa utilità pratica, ravvisando in esso, in buona sostanza, 'una riedizione raffinata della teoria della prevedibilità-evitabilità', ed una utilizzazione giurisprudenziale volta più ad affermare che ad escludere la colpa nei casi concreti", *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648. Sulla frammentazione dell'agente modello vedi D. CASTRONUOVO, per cui un "altro aspetto tradizionale della teoria della colpa che ritrova un proprio paradigma nell'attività sanitaria appare la figura

Il *deficit* di certezza di entrambi i momenti sopra citati produce come immediata conseguenza in capo al medico, ed in una prospettiva *ex ante*, la mancanza di parametri certi ed oggettivi idonei ad orientare preventivamente la propria condotta, ed in capo al giudice, in una prospettiva *ex post*, la necessità di utilizzare i tradizionali parametri della ragionevolezza, avvedutezza, coscienziosità e prevedibilità privati, però, della base scientifica idonea a connotarli oggettivamente o “normativizzarli”.

Così ridefinita, la figura dell’agente modello diventa “*uno strumento nelle mani del giudice, un passepartout capace di semplificare i problemi di accertamento della colpa*”¹⁹⁷.

Il risultato di un simile corto circuito – in cui cioè i criteri che dovrebbero definire l’agente modello necessitano di essere a loro volta definiti¹⁹⁸ – è rappresentato da un tipo colposo ben poco comprensibile dal soggetto agente sia prima che dopo l’accertamento giudiziale, e soprattutto mutevole a seconda delle scelte interpretative del giudice fondate su criteri talmente inconsistenti da rendere la discrezionalità interpretativa molto vicina alla vera e propria creazione legislativa.

La quantità di variabili in gioco e soprattutto le lacune che connotano il sapere scientifico, in sintesi, svuotano di significato la figura dell’agente modello, perché ne fanno venir meno la funzione di parametro oggettivo per il soggetto agente e di limite al potere interpretativo del giudice, particolarmente vasto in materia di colpa generica.

Pertinente, dunque, la conclusione che “*non (esista) attività quanto quella medica che rischi di alimentare forme di responsabilità oggettiva o da posizione*”¹⁹⁹.

dell’homo eiusdem condicionis et professionis, che ritrova declinazioni differenziate suscettibili di agevole identificazione tipologica come pluralità di standard (conoscitivi ed operativi) trasversali (le varie specializzazioni mediche), o verticali (i diversi livelli di completezza all’interno della medicina generica o delle diverse specializzazioni)”, Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, cit., p. 933.

¹⁹⁷ V. ATTILI, *L’agente modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., p. 1240.

¹⁹⁸ Vedi sul punto D. CASTRONUOVO, secondo cui le incertezze del tipo colposo “*si rivelano dello strutturale in quanto il giudizio di pericolosità circa la situazione presupposto della condotta omissiva, ovvero il comportamento attivo, tende a sovrapporsi a quello che dovrebbe portare a concretizzare la regola cautelare generica (non preesistente); essa, d’altro canto, dovrebbe fornire il parametro per definire se quel substrato pericoloso sia stato gestito in modo negligente*”, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 933. Vedi anche Cass. Pen., 21.11.1996, n. 2139, in CED Cass., n. 207873.

¹⁹⁹ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 248.

Data la delicatezza degli argomenti trattati, risulta opportuno analizzarne separatamente i profili più critici.

3.1. LA EVANESCENTE DEFINIZIONE DEL PARAMETRO DI DILIGENZA

La definizione dello standard di diligenza nel giudizio colposo²⁰⁰, ed in particolare – soprattutto per ciò che interessa ai nostri fini – lo standard di diligenza richiesto nell'attingere alle conoscenze scientifiche necessarie per contrastare un evento lesivo²⁰¹, rappresenta un tema classico²⁰² ma contemporaneamente molto attuale e dibattuto²⁰³ nell'ambito della responsabilità colposa per la natura ambivalente della

²⁰⁰ V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., p. 1242 ss.

²⁰¹ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, p. 10.

²⁰² Vedi sul punto anche G. MARINUCCI, per cui “è odierno, o almeno più complesso di ieri, il quesito capitale dal quale dobbiamo prendere le mosse, riassumibile nell'alternativa: la diligenza si misura su ciò che usualmente viene fatto, ovvero su ciò che deve essere fatto in questo o in quel ambito della vita di relazione? Decisivi sono gli usi, la general practice, il custom, il gewöhnliches Verhalten, ovvero quello che in un dato momento storico si può pretendere che si conosca, i costi che si può esigere che vengano sopportati, le tecnologie che si può richiedere che vengano utilizzate? (...) Si tratta di un problema della modernità, che appartiene ad ogni area giuridica: di civil law e di common law, ma che dappertutto è problema risalente, come emergerà da una carrellata sul pensiero di penalisti e civilisti di ieri e di oggi. Per l'area giuridica di lingua tedesca si può iniziare con l'accettazione della lontana monografia di Exner sull'“essenza della colpa”, che ha esercitato grande influenza in tutte le aree giuridiche. In un passo cruciale il grande penalista austriaco ha lasciato scritto: “deve essere trovata una misura alla quale deve essere rapportata la condotta dell'individuo: un tipo con il quale deve essere comparata. Si aprono quindi due vie. Una prima via prende le mosse da un uomo medio: si costruisce un comportamento usuale di un uomo normale e si considera contrario al dovere di ciò che è al di sotto della media, al di sotto del normale. Il principio guida è qui cercato in via descrittiva: va curato come cercano di comportarsi gli uomini in situazioni analoghe per richiedere ad ognuno questo comportamento usuale. Il normale diventa norma. Una seconda via procede normativamente. Ciò significa che si fissa una misura ideale, una determinata norma, che impone il dovere valido per chiunque, senza tenere conto se la media degli uomini raggiunge questo tipo normale. Agisce pertanto in contrasto con il dovere chiunque non soddisfa le pretese di diligenza. E poco importa che si tratti di una piccola minoranza oppure della maggioranza dei consociati”, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 33.

²⁰³ Il problema risulta ben inquadrato da F. GIUNTA. Secondo l'Autore, infatti, l'importanza della conoscibilità della regola cautelare “è di tutta evidenza, essendo indubbio che là dove, per ignoranza della regola prudenziale, il dovere di diligenza non può avere efficacia motivante, anche la comminatoria di pena, che si riconnette alla inosservanza della cautela doverosa, non è in grado di svolgere la sua funzione preventiva. Ne consegue che, nel delitto colposo, l'ancoraggio della colpevolezza al requisito della scientia iuris non può avere come raggio di azione la sola norma incriminatrice di parte speciale, che delinea l'ossatura della fattispecie colposa, ma deve estendersi anche alla regola cautelare (sia essa giuridica o sociale). Vale a dire che, sul piano del diritto positivo vigente, l'errore e l'ignoranza che interessano la regola cautelare si risolvono, ai sensi

valutazione necessaria a determinarlo e per la rilevanza delle conseguenze che possono derivarne.

Quanto al primo aspetto, l'ambivalenza del giudizio deriva dalla necessità di sintetizzare in un'unica operazione una componente puramente scientifica finalizzata a valutare lo scostamento della condotta tenuta da quella ritenuta corretta, ed una componente invece marcatamente valutativa finalizzata a selezionare il patrimonio di informazioni che l'ordinamento poteva legittimamente pretendere in capo al medico al momento del fatto.

Quanto alle conseguenze di questa fase, invece, è evidente che la selezione delle informazioni che si stabilisce di pretendere in capo al soggetto agente al momento del fatto può determinare la formulazione di un giudizio colposo più rigoroso oppure indulgente a seconda che le informazioni siano vicine, rispettivamente, allo standard più elevato possibile o a quello concretamente praticato dal soggetto agente nello specifico contesto di appartenenza²⁰⁴: nel primo caso ci si muoverà all'interno di un modello deontico caratterizzato, in quanto tale, dall'esigenza che il soggetto agente padroneggi tutte le informazioni astrattamente disponibili su quel tema ed in quel dato momento storico; nel secondo caso, invece, si resta saldamente ancorati ad un modello reale e più vicino, dunque, alle informazioni che circolano effettivamente nell'ambito di appartenenza del soggetto agente.

Entrambi i modelli scontano, soprattutto in ambito medico, dei limiti fisiologici.

La connotazione "ideale" del paradigma deontico si scontra con la difficoltà di individuare con certezza la "migliore scienza ed esperienza" in un settore connotato

dell'art. 5 c.p., in un error iuris, che investe la fattispecie colposa nel suo complesso. Ma non è tutto chiaro: richiamare l'importanza del quadro di vita dell'agente reale, quale parametro di valutazione della conoscibilità della regola cautelare, significa escludere che in questo campo possa riproporsi la figura dell'agente modello come criterio di accertamento dell'evitabilità dell'error iuris, secondo l'orientamento invalso nella giurisprudenza. Per una corretta impostazione del problema, dovrà distinguersi piuttosto a seconda che la regola prudenziale sia posta in essere da una fonte giuridica positiva ovvero abbia natura sociale. Nel primo caso, infatti, i criteri di evitabilità dell'ignorantia legis non potranno essere diversi da quelli che decidono della conoscibilità della norma penale, nel cui ambito viene incorporata la norma cautelare. In particolare, dovrà considerarsi se l'agente concreto era in grado di superare i possibili ostacoli che possono impedire o rendere più difficile l'individuazione e la comprensione della fonte produttiva della regola cautelare. Nel caso di norme prudenziali di fonte sociale, si tratterà invece di accertare la conoscibilità della consuetudine cautelare come fonte di cognizione giuridica: ovvero se le cautele doverose rientravano o meno nel bagaglio conoscitivo dell'agente reale, o quantomeno nell'ambito delle conoscenze cui questi poteva pervenire sulla base della trasposizione delle esperienze preventive maturate nello svolgimento di attività consimili", La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, cit., p. 110.

²⁰⁴ Vedi F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., p. 86.

da un sapere in continuo sviluppo e spesso produttivo di informazioni che, a seconda del grado di aggiornamento e approfondimento che si intenda raggiungere, possono risultare incerte, contraddittorie o persino eccessive. Come è stato infatti puntualmente osservato, *“una spiegazione plausibile al contrasto tra accumulo di un sapere pratico prodigioso e crescente specializzazione della classe medica, da una parte, e persistenza di errori clinici evitabili, dall'altra, deve rintracciarsi nella constatazione che tale sapere risulta spesso ingestibile e ciò in quanto il volume delle conoscenze oltrepassa le capacità individuali di traduzione in benefici per il paziente”*²⁰⁵.

In secondo luogo, l'innalzamento dello standard di diligenza rischia di ingenerare una virtualità colpevolistica dalla quale il singolo imputato, chiamato a confrontarsi con il massimo rigore comportamentale, difficilmente riuscirebbe a sottrarsi.

Il modello reale, all'opposto, fondandosi su considerazioni di carattere più sociologico che normativo, rischia di appiattire lo standard di diligenza alla prassi ed impedire l'ingresso di informazioni innovative e dunque con essa contrastanti: *“se il normale diventa norma – si è infatti osservato – ci si affida al comportamento usuale dell'uomo medio, che propende, non di rado, verso prassi scorrette o sciatte, e perciò incompatibili con le esigenze di protezione dei beni giuridici”*²⁰⁶.

Come è intuibile, dunque, la soluzione probabilmente più corretta potrebbe essere quella ispirata al modello deontico, ma con alcuni correttivi²⁰⁷: fermo restando che la

²⁰⁵ M. CAPUTO, *“Filo D'Arianna” o “flauto magico”?*, linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 luglio 2012.

²⁰⁶ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, cit., p. 21. Particolarmente interessante il passaggio in cui l'Autore riporta il pensiero di Exner secondo il quale *“il diritto pone norme che vogliono regolare la vita di relazione dei consociati. Può accadere dal punto di vista storico che il contenuto di queste norme sia conforme agli usi ed alle consuetudini. Tuttavia, per il diritto positivo, questa connessione storica tra norma e usi non viene considerazione. Il diritto dice come si deve agire, e ciò indipendentemente dal problema relativo a come di fatto si agisce. Il contenuto della norma non viene influenzato dalla sua osservanza o inosservanza. Se la norma viene violata dalla media degli uomini vuol dire che la mente degli uomini agisce in violazione del dovere. (...) La colpa va perciò commisurata non già all'usuale diligenza della vita di relazione, bensì alla diligenza necessaria nella vita di relazione. Non si può sottrarre ogni imprudenza alla meritata responsabilità facendo appello a ciò che si usa fare. Non si deve legalizzare il comune, solito andazzo”*, p. 33. Cfr. anche G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 5.

²⁰⁷ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, cit. Vedi però in posizione contraria D. MICHELETTI, per cui *“la seconda soluzione, assicurando tutti i caratteri che la regola cautelare deve possedere in forza della sua sottoposizione all'articolo 25 Cost., si rivela per contro perfettamente coerente con l'anticipazione della colpa sul versante della tipicità. Ove coincida con l'uso, la regola cautelare diviene infatti agevolmente predeterminabile da parte dell'agente, che può sopperire così alla fleibilità ontologica*

fonte che disciplina lo standard di diligenza deve essere indipendente dalla prassi, dal momento che questa può divergere ed anche molto dallo standard di diligenza richiesto ad un uomo ragionevolmente prudente, deve però comunque parametrarsi con le informazioni e gli strumenti *certi e disponibili* nella cerchia sociale di appartenenza del soggetto agente: *“le conoscenze rilevanti non sono quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, e tantomeno le conoscenze avanzate di taluni centri di ricerca, bensì solo le conoscenze che costituiscono il patrimonio diffuso a partire da una certa data”*²⁰⁸.

In sintesi, nessuna concessione sul terreno del contenuto del dovere di diligenza, fondato quindi in prospettiva deontica e conseguentemente lontano dagli "usi" e dalla "normalità" pericolosamente esposti al rischio di legittimare una tutela blanda dei beni giuridici; per altro e collegato verso, le informazioni e gli strumenti esigibili devono coincidere con quelli disponibili sul mercato o nel contesto a cui appartiene il soggetto agente, e non già con quelli disponibili nei settori di avanguardia o comunque difficilmente attingibili dal soggetto agente nell'ambito dello svolgimento della sua attività quotidiana²⁰⁹.

dell'incriminazione a titolo di colpa con un pronto reperimento nel gruppo sociale delle regole comportamentali che è tenuto ad osservare. Ma lo stesso dicasi per la percezione di doverosità del comportamento imposto dal diritto penale ove esso si identifichi con le regole prasseologiche socialmente radicate, l'osservanza e la conoscenza delle quali ben può essere in effetti pretesa in qualunque appartenente al relativo gruppo sociale. Il tutto, ed è ciò che più conta, a favore di una totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice, il cui ruolo di semplice fruitore della regola cautelare è pienamente assicurato, così come a parole anche la Cassazione pretenderebbe, dal riferimento ad una norma deontologica di matrice sociale, laddove per contro la prevedibilità offre al giudice un semplice criterio di confezionamento della regola cautelare”, La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”, cit., p. 173.

²⁰⁸ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, cit., p. 21.

²⁰⁹ Vedi sul punto G. MARINUCCI, secondo cui *“il principio dal quale bisogna prendere le mosse è che le conoscenze rilevanti non sono quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, e tanto meno le conoscenze avanzate di taluni centri di ricerca, bensì solo le conoscenze che costituiscono un patrimonio diffuso a partire da una certa data. È un principio che si impone da sé, essendo specchio dell'esigenza di trattare tutti allo stesso modo: da tutti si può infatti pretendere lo stesso grado di conoscenza solo quando è conoscenza diffusa in un dato momento storico. Così, ammoniscono dottrina e giurisprudenza inglese, non si può pretendere da un'impresa di costruzioni che abbia la consapevolezza medica dei rischi di dermatiti derivanti dall'inhalazione di polvere di mattone; né si può esigere da un fabbricante di mobili che sia a conoscenza del fatto che la polvere di mogano sia la causa di dermatiti, neppure si può pretendere che un agricoltore sappia che i suoi lavoratori possono contrarre la leptospirosi usando materiale contaminato dai topi. È pertanto insensata la corsa di qualche commentatore italiano all'innalzamento verso standard di conoscenze paramtrate su quelli delle ricerche degli specialisti: tanto insensata quanto la pretesa che l'automobilista medio sappia riconoscere i rischi della circolazione stradale urbana con la prontezza di riflessi del grande Schumacher!”*, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, cit., p. 49.

Se la conclusione così formulata risulta certamente condivisibile, il generico buon senso su cui si fonda²¹⁰ e la indeterminatezza delle conclusioni a cui approda lasciano pressoché irrisolto il problema di fondo rappresentato, come visto, dalla mancanza di parametri di riferimento *oggettivi, vincolanti* e dunque idonei a limitare l'altrimenti incontrastata discrezionalità della giurisprudenza nella valutazione di un momento così autenticamente normativo²¹¹.

La riprova dei confini troppo mobili di questa fase è offerta, del resto, proprio dal repertorio giurisprudenziale disponibile in materia.

La difficile reperibilità di informazioni certe e la necessità di apprestare ad ogni costo una tutela adeguata dei beni giuridici fondamentali coinvolti nell'esercizio dell'attività medica, infatti, inducono il giudice a definire un idealtipo costantemente proteso alla ricerca del sapere più aggiornato possibile e conforme, di conseguenza, al modello deontico puro.

In questo modo, si arretra la soglia del rimprovero colposo dall'evento da evitare all'informazione da conoscere: *“la conoscenza, intesa come visione organica e critica di un fenomeno, sottoposta a test di convalida, è – però – ben diversa dalla*

²¹⁰ Il criterio della mera ragionevolezza su cui si fonda la conclusione riportata emerge nitidamente, quanto meno a parere di chi scrive, dalle considerazioni sviluppate da G. MARINUCCI sul momento in cui si potrebbe concludere che una informazione raggiunge lo standard di attingibilità idoneo a collocarla tra quelle pretendibili in capo al soggetto agente. Sul punto, infatti, l'Autore osserva come la data in cui una conoscenza specialistica diventa conoscenza diffusa è una questione di fatto che va risolta dei giudici utilizzando *“la letteratura medica, il materiale disponibile proveniente dalle organizzazioni industriali statali, il materiale prodotto all'interno dell'organizzazione aziendale dell'accusato, nonché le prove fornite da consulenti del lavoro sullo stato delle conoscenze in un particolare settore dell'industria”*; e curare questo cruciale momento di passaggio, dalla conoscenza specialistica alla conoscenza diffusa, è imposto dal dovere di diligenza dell'imprenditore: *“quando vi è una conoscenza in evoluzione – afferma una citatissima sentenza, che fissò in un caso cruciale la data più prossima della conoscenza esigibile dall'imprenditore nel 1970 – l'imprenditore deve marciare ragionevolmente all'unisono e non deve essere troppo lento nel farne applicazione”*; e ancora, in conclusione sul punto: *“non ciò che si usa fare, ma ciò che si deve fare, è quanto si può pretendere da un rappresentante giudizioso di questo o quel settore, il quale dovrà sopportare i costi relativi, anche il costo della rinuncia all'attività pericolosa (...) e dovrà adottare le misure tecnologicamente disponibili in un certo momento storico”*, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, cit., p. 50.

²¹¹ Cfr. P. PIRAS, secondo cui *“le incertezze relative alla individuazione delle regole cautelari in materia di colpa generica costituiscono una delle maggiori problematiche che affliggono il moderno diritto penale della medicina. Stante l'inevitabile aleatorietà delle nozioni di diligenza prudenza e perizia, il giudice assume necessariamente un ruolo attivo, forse addirittura si direbbe nomotetico o normativo, e comunque tutt'altro che privo di discrezionalità nella ricostruzione della regola cautelare. Al singolo magistrato viene richiesto di svolgere un compito che avvicina le sue mansioni a quelle proprie del legislatore. Egli non è chiamato univocamente a valutare la conformità della condotta dell'imputato a quanto prescritto dalla norma generale e astratta, ma deve previamente definire il comportamento diligente, prudente e perito esigibile nel singolo caso concreto”*, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., pp. 285 ss.

notizia e dall'informazione. Anzi, il diluvio di informazioni quasi mai è in grado di generare una conoscenza: spesso, le informazioni si sviluppano sotto il disturbo di opinioni discordanti, di manovre speculative che, invece di accrescere il bagaglio conoscitivo dell'utente, alimentano il disorientamento e il dubbio”²¹².

3.1.1. IL RAPPORTO DI TENSIONE TRA IL PARAMETRO DELL'AGENTE MODELLO E L'APPROCCIO PRECAUZIONALE DI MATRICE GIURISPRUDENZIALE: LA PROBLEMATICAZIONE DELLA DEFINIZIONE DELLE CONOSCENZE PRETESE IN CAPO AL SOGGETTO AGENTE

L'approccio fondato sulla esigenza di sopperire alle insufficienze scientifiche mediante l'affievolimento del rigore con cui deve essere valutato il rapporto colposo tra la effettiva condotta tenuta dal medico e lo specifico evento verificatosi, ha progressivamente eroso l'accertamento dei primi tre snodi del giudizio colposo e prodotto tre immediate conseguenze strettamente connesse l'una all'altra: l'adozione, da parte della giurisprudenza, di un approccio c.d. precauzionale nella formulazione del giudizio di prevedibilità, la espansione della gamma di eventi riconducibili alla violazione della regola cautelare ed infine la definizione della stessa regola cautelare secondo la c.d. logica del senno del poi.

Analizziamo distintamente ciascun aspetto.

Come accennato, il problema generato dallo spostamento del *focus* del giudizio colposo dall'*evento* – ed in particolare la sua prevedibilità – alla *condotta* di acquisizione di tutte le informazioni possibili ed immaginabili relative alla situazione concreta ed ai suoi possibili sviluppi precipita l'intero discorso in quello tipico della precauzione²¹³ fondato, come noto, sull'allestimento di tutele di fronte al pericolo di eventi che la scienza non è di fatto capace di prevedere con certezza²¹⁴.

²¹² V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., p. 1242 ss.

²¹³ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 162.

²¹⁴ Cfr. sul punto C. RUGA RIVA, secondo cui “sullo sfondo del discorso giuridico incentrato sul principio di precauzione si intravedono i temi del rischio, della paura, e dell'incertezza, centrali

Il principio di precauzione²¹⁵, infatti, “*si candida a fornire legittimazione teorica all’obbligo di anticipare e affinare le cautele in situazioni di incertezza scientifica*”²¹⁶; per questo, prescinde dalla conoscenza della fisionomia del rischio²¹⁷ e si accontenta del “sospetto”²¹⁸; si concentra esclusivamente, in altri termini, sulla necessità di acquisire il maggior numero di informazioni disponibili in merito a situazioni in cui è possibile al più formulare una mera congettura, come tale

nell’analisi sociologica e filosofica contemporanea, e divenuti oggetto di discussione politica e di appassionati dibattiti in seno all’opinione pubblica (esemplari le vicende del c.d. elettrosmog e degli OGM), in un orizzonte ormai orientato alla tutela delle generazioni future”, Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, cit., p. 1744.

²¹⁵ Per una approfondita disamina del principio di precauzione e delle sue possibilità di impiego, vedi C. RUGA RIVA. Interessante, in particolare, in cui si sottolinea come “*il principio di precauzione, come sottolineato da una recente Comunicazione della Commissione europea, riveste un ruolo centrale anche nell’ordinamento comunitario. Introdotto nel Trattato di Maastricht sull’UE (art. 174, c. 2), e da ultimo nel Trattato istitutivo della Costituzione europea (art. III-233) con espresso riferimento al settore dell’ambiente, opera oggi, attraverso atti di diritto derivato (regolamenti, direttive e decisioni), e comunque per consolidata interpretazione estensiva data dalla Corte di Giustizia, nei campi della sanità pubblica, della sicurezza alimentare e della sicurezza dei prodotti. Il principio di precauzione è inoltre espressamente richiamato in fonti normative nazionali (per es. francesi, tedeschi e spagnole) e, per quelle che più ci interessa, italiane, in tema di inquinamento elettromagnetico, di sicurezza dei prodotti e di OGM. In prospettiva di riforma, la recente cosiddetta legge delega sull’ambiente richiama il principio di precauzione tra i principi e criteri direttivi generali cui dovranno ispirarsi i decreti legislativi in materie (rifiuti, tutela delle acque e dell’aria, tutela della flora e della fauna) di rilevanza anche penale. Ad oggi, il principio di precauzione ha trovato applicazione da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in diversi casi*”, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, cit., p. 1745.*

²¹⁶ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, cit., p. 1744.*

²¹⁷ Vedi sul punto le osservazioni di G. MARINUCCI: “*quale il ruolo degli usi – si chiede infatti l’Autore – delle innovazioni tecnologiche, delle scoperte scientifiche nell’individuazione delle regole di diligenza? Quali costi esigibili dai destinatari delle regole di diligenza e lo spazio che, a questo fine, può competere all’analisi economica del diritto? E quale il momento a partire dal quale diventano vincolanti siffatte regole di diligenza? (...) Tra i molteplici esiti delle investigazioni di Stella, spicca la denuncia delle manipolazioni di istituti basilari del diritto penale, operate da settori della dottrina e della giurisprudenza vogliosi di punizione ad ogni costo: anche a costo di sostituire, de jure condito!, l’attuale “diritto penale dell’evento” con un fumoso “diritto penale del rischio”. Di qui, in duplice senso, la “messa in discussione” del diritto penale. Da parte di quella dottrina e giurisprudenza che “flessibilizza” le figure legali e le amputa di elementi costitutivi, dilatando illegittimamente l’area della pena: con il suo enorme carico di sofferenze per la persona umana; (...) Sono in effetti non pochi i casi in cui la prassi stravolge il diritto penale dell’evento pur di appagare il bisogno di pena”, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza, cit., p. 29.**

²¹⁸ Cfr. sul punto A. ROIATI, per cui “*si tratta di una logica assimilabile ai peculiari nessi che avvengono precauzionismo e diritto penale e, in riferimento al nostro peculiare campo di indagine, a quelle interpretazioni giurisprudenziali che tendono ad innalzare lo standard cautelare richiesto rispetto a quello normalmente praticato, nell’illusorio fine di tenere il rischio completamente sotto controllo ed assicurare la massima tutela al fruitore della prestazione medica*”, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica, cit., p. 1125.*

scientificamente incerta, circa il rischio di verifica di un evento che, quando è posta la regola, neppure si conosce²¹⁹.

²¹⁹ Cfr. sul punto anche D. PULITANÒ, secondo cui “dal quadro qui delineato, che mi pare rappresenti un ragionevole sviluppo del modello classico, la sentenza su Porto Marghera fuoriesce, affermando la colpa in base a criteri più spinti. La colpa è stata affermata in relazione ad eventi lesivi (di morte) più gravi di quelli che le conoscenze disponibili all’epoca delle esposizioni a CVM consentivano di correlare a tali esposizioni lavorative. Le regole cautelari vigenti all’epoca (poniamo, gli artt. 20 e 21 del D.P.R. sull’igiene del lavoro, n. 303 del 1956) non erano state specificamente pensate per la prevenzione di tali tipi di evento e non avevano adeguata capacità preventiva. È per questo che le sentenze di condanna hanno avuto bisogno di immutare (allargare) il modello, attribuendo ad un sapere in divenire, non ancora corroborato, valenza di fondamento della prevedibilità di ulteriori e più gravi tipi di eventi (nella specie, angiosarcomi da fegato). Il problema della colpa (generica?) è stato così portato su un terreno che, finora, sarebbe stato assegnato al principio di precauzione, nel senso in cui tale principio è coerentemente definito. Menzionato nel nuovo testo dell’art. 174 del Trattato Istitutivo della Comunità europea, dedicato alle politiche ambientali, il principio di precauzione ha un ambito di applicazione non limitato alla tutela dell’ambiente, ma viene in rilievo anche in altri campi “quando un’oggettiva e preliminare valutazione scientifica stabilisca che è ragionevole temere che gli effetti potenzialmente pericolosi per l’ambiente o la salute degli uomini, animali o vegetali siano incompatibili con l’alto livello di protezione scelto dalla Comunità”. Si tratta dunque di un principio pertinente a contesti di incertezza scientifica seria, in cui si pongono esigenze di valutazione, confronto e scelta tra diverse possibili opzioni. In bilico tra “buon senso e oscurantismo”, il principio di precauzione non può essere ragionevolmente considerato un principio sostantivo, che imponga limiti o divieti rigidi, ma è un principio di legittimazione di interventi di pubbliche autorità. La sua concretizzazione coinvolge non solo valutazioni tecniche ma anche bilanciamenti di interessi, e perciò, in un contesto di democrazia politica, è di competenza di istituzioni che possano assumere la responsabilità (lato sensu politica) di scegliere nei casi problematici – in cui un sapere pur incompleto consenta comunque una seria discussione scientifica – quale rischio correre: se l’azzardo di una libertà non regolata (di attività che potrebbero essere, ma non si sa se siano pericolose), o i laccioli di regole che non sappiamo se siano davvero utili (ma potrebbero esserlo, e rivelarsi addirittura necessarie, a tutela di interessi importanti). Appunto in quest’ottica il principio di precauzione è richiamato nell’ordinamento italiano. Nel c.d. codice dell’ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) il principio di precauzione è criterio di legittimazione di interventi della pubblica amministrazione, nei casi ed alle condizioni di cui all’art. 301. Riferito all’ambito penale, il senso del principio di precauzione può essere quello di legittimare forme di interventi in situazioni di incertezza giuridica, nelle quali sia scientificamente non implausibile, ma non provata, l’ipotesi della pericolosità di certe condotte o situazioni (esempio, l’esposizione a certe sostanze o radiazioni in certe quantità o concentrazioni). Ciò non basta per la configurazione di fattispecie di pericolo concreto, posto che il giudizio di pericolo deve essere ancorato (non diversamente dal giudizio di causalità) ad un sapere scientifico corroborato che consente di formulare in termini di certezza giudizi di probabilità di dati decorsi causali. Ma anche in situazioni di incertezza scientifica ha senso porre il problema se, proprio in ragione della incertezza, non sia ragionevole adottare misure precauzionali: “se sulla base di un livello di conoscenze non chiare si nega il riconoscimento di un rischio, ciò significa omettere di prendere le necessarie contromisure e lasciare crescere il pericolo”. La traduzione tecnica del principio potrà consistere esclusivamente in fattispecie costruite secondo il modello del pericolo astratto; pericolo in senso del tutto ipotetico, posto che la impossibilità di fare riferimento ad un sapere corroborato non consente di formulare giudizi di pericolo concreto è comprovato, e nondimeno consente attribuzioni causali. Siamo qui, per così dire, al limite estremo attorno al quale la legittimazione dei precetti penali possa essere discussa, senza spezzare del tutto l’ancoraggio al principio della tutela dei beni giuridici. Nell’area qui si riferisce il principio di precauzione, caratterizzata da una seria incertezza scientifica, tale problematico ancoraggio può ritenersi salvaguardato, a condizione che il sapere disponibile, per quanto incerto, sia tale da porre seriamente il problema di un’eventuale grave pericolo per interessi importanti. In situazioni del genere il principio di precauzione è fondamento di legittimazione di un eventuale intervento del legislatore, in una prospettiva agganciata, sia pure in termini problematici, alla protezione del bene giuridico ipoteticamente a rischio. Fino a che si resti, dunque, nell’ambito di

In questo modo, l'approccio precauzionale permette di affiancare alla colpa per violazione di regole cautelari di natura scientifico-esprienziale, nuove ipotesi di colpa generica fondate sull'inosservanza di regole precauzionali ad esso ispirate²²⁰.

In ambito medico, in particolare, la giurisprudenza non si riferisce direttamente al principio di precauzione, ma ne fa pratica applicazione fondando il rimprovero colposo non già sulla *violazione di un regola cautelare* che ha condotto ad un determinato evento lesivo, ma sulla semplice *possibilità di riconoscere la patologia* da cui è scaturito l'evento incriminato²²¹.

In questo modo, si rinuncia a constatare la disponibilità di leggi scientifiche in grado di spiegare come intervenire su un determinato fenomeno patologico per evitarne la degenerazione, arretrando la soglia del rimprovero al mancato reperimento di tutte le informazioni che al momento del giudizio si è scoperto che avrebbero potuto aiutare il medico a riconoscere il fenomeno patologico ed intervenire di conseguenza²²².

In quest'ottica, diviene evidente – almeno a parere di chi scrive – l'aggiramento del giudizio di prevedibilità dell'evento sulla base di leggi scientifiche in grado di inferire da una certa condotta determinati effetti: *“alla stregua del paradigma orientato alla precauzione – infatti – non è necessario, affinché sorgano doveri di adeguamento, che l'agente-modello attenda di rinvenire una legge scientifica comprovante la pericolosità del suo agire. Se l'agente incappa in un sospetto rappresentativo di possibili rischi per la salute, ha l'obbligo di intervenire tempestivamente, reputandolo 'vero' fino a quando non avrà ottenuto la prova scientifica del contrario”*²²³.

applicabilità del principio di precauzione (incertezza scientifica non superata) sono per definizione insussistenti le premesse per l'imputazione di eventi lesivi, per l'impossibilità di fondare attribuzioni causali. (...) A queste condizioni si pone il problema se sia possibile muovere addebiti di colpa specifica, in relazione ad eventi che siano stati cagionati dalla condotta inosservante di regole precauzionali, tenuta all'epoca in cui il sapere sul rischio era ancora incerto. La risposta affermativa, già prospettata in dottrina, può essere difesa come un ragionevole allargamento del modello classico. Norme ispirate al principio di precauzione hanno fin dall'inizio una funzione lato senso cautelare, seppur ancora ipotetica; precauzione obbligatoria in vista della prevenzione di dati eventi, ipoteticamente correlabile ad altre situazioni secondo un'ipotesi ritenuta meritevole di seria considerazione”, Colpa ed evoluzione del sapere scientifico, cit., p. 657.

²²⁰ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 1

²²¹ Vedi sul punto F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 10, p. 1296.

²²² G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 2.

²²³ V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., p. 1242 ss. Cfr. sul punto anche C. RUGA RIVA, per cui *“occorre individuare la base fattuale e nomologica in presenza della quale un'ipotesi di pericolosità possa ritenersi fondare una correlata*

Il modello giurisprudenziale così tipizzato, dunque, sposta per intero il baricentro dell'illecito colposo sul versante della condotta²²⁴, trasfigurando il tipo colposo da

regola precauzionale. Sono sufficienti dati fattuali oppure occorrono congetture scientifiche? E in quest'ultimo caso, quale è il grado di consenso all'interno della comunità scientifica reputato necessario? In linea di massima, i dati fattuali 'anomali' (tipo, numero di malattie o di decessi significativamente superiori a quelli attesi; comparsa di malattie o di accadimenti ambientali mai osservati prima, specie dopo innovazioni nei sistemi di produzione o nel tipo di prodotto o sostanza, ecc.) fanno sorgere, oltre a taluni obblighi operativi, l'obbligo di conoscenza scientifica a sua volta distinto in obbligo di approfondimento scientifico o di aggiornamento scientifico sulle possibili cause degli eventi riscontrati, l'obbligo di monitoraggio del tipo di produzione, del prodotto o della sostanza e obbligo di informazione (di segnalazione di rischi, di suggerimento di cautele di impiego, ecc.) ai consumatori e agli organi eventualmente preposti al controllo. L'anomalia dei dati osservati crescerà in proporzione alla loro intensità (maggiore o minore gravità per beni di rango più o meno elevato), alla loro frequenza, al grado di irreversibilità dei danni osservati, alla loro omogeneità. L'obbligo di approfondimento scientifico, da adempiersi direttamente o più realisticamente tramite delegati dotati delle necessarie competenze e conoscenze sorgerà in capo a soggetti che abbiano le risorse economiche necessarie per predisporre o sviluppare programmi di ricerca, o comunque in capo ai soggetti che operino in settori ad elevata innovazione tecnica e tecnologica, ove chi crea il rischio possiede le migliori conoscenze per dominarlo. Ciò che invece può realisticamente esigersi da soggetti privi delle necessarie risorse economiche (di regola datori di lavoro di piccole e medie imprese), o comunque operanti in settori non soggetti a nuovi e peculiari rischi, è l'obbligo di aggiornamento scientifico, ovvero il duplice dovere di informarsi tempestivamente sull'evoluzione delle conoscenze scientifiche limitatamente al proprio campo di attività e ai connessi rischi per la salute e l'ambiente, da un lato, e di comunicare tempestivamente agli organi di controllo e alla comunità scientifica i dati e le osservazioni che ingenerano sospetto, dall'altro. Se l'approfondimento o l'aggiornamento scientifico, lungi dal fugarlo, alimentano il dubbio sulla pericolosità della condotta, consentendo di ipotizzare, in forma di plausibili congetture scientifiche, determinate correlazioni causali, o di affermare determinate frequenze statistiche in linea con le prime osservazioni, si porrà il problema di adottare cautele di natura operativa ulteriori rispetto a quelle eventualmente adottate sulla base dei signa facti. Il grado di plausibilità di una congettura scientifica crescerà in proporzione al numero di studi che la supportano, all'adozione di metodologie scientifiche accreditate, alla qualità e quantità dei riscontri empirici ottenuti, alla fase più o meno avanzata dell'iter di validazione. Dovrà trattarsi, tendenzialmente, di studi plurimi, condivisi da una parte della comunità scientifica, pur in assenza della maggioranza o unanimità dei suoi consensi in un dato momento storico. In casi limite potrebbe essere sufficiente anche un solo studio, purché particolarmente autorevole, metodologicamente accreditato, relativo a campioni sufficientemente rappresentativi e accessibile (con esclusione, ad esempio, di pubblicazioni locali redatte in mandarino da parte di scienziati della Mancuria) specie laddove i rischi paventati siano gravi, diffusi ed irreversibili. Dal punto di vista del grado di consenso scientifico acquisito da una determinata teoria, il principio di colpevolezza sembra rispettato nella misura in cui il soggetto, al momento della condotta, possa seriamente rappresentarsi la rischiosità del suo agire o del suo agire o del suo omettere rispetto a determinati eventi, corrispondenti a quelli poi verificatisi, anche laddove sulla pericolosità della condotta non vi sia, ex ante, pieno consenso della comunità scientifica", Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, cit., p. 1763.

²²⁴ Cfr. sul punto anche le osservazioni di S. PREZIOSI, per cui "in linea molto sintetica e con grande approssimazione, mi sembra che nel reato colposo di evento vadano prendendo forma diverse "famiglie", ciascuna con proprie caratteristiche, anche molto dissimili fra loro. Si tratta di un processo evolutivo (o involutivo, a seconda delle opinioni), ma che, a mio avviso, ha la sua radice nel carattere stesso dell'illecito penale colposo, che, come si è rilevato, è per sua definizione una forma di tutela variabile apprestata dall'ordinamento ai beni giuridici. E in tale guisa il tentativo di obiettarne la natura nella violazione della diligenza "oggettiva" appare fallito. Non esiste una misura oggettiva di diligenza; esistono piuttosto dei modelli differenziati di tutela in ragione del grado di protezione che l'ordinamento intende accordare ad un determinato bene giuridico in funzione delle diverse tipologie di rischio e del consenso ad esse accordato. Al cospetto di tale

reato di evento a reato di puro rischio²²⁵. Questa conclusione, del resto, è stata espressamente sancita nella ormai storica pronuncia della Corte d'Appello di Venezia relativa al caso di Porto Marghera²²⁶: “*ai fini della sussistenza del requisito della prevedibilità – si è infatti precisato – non è necessaria la ‘conoscenza da parte dell’agente dei meccanismi causali...spiegati da una legge scientifica di copertura’, ma è sufficiente la conoscibilità del rischio*”.

constatazione si comprende più agevolmente la frammentazione del reato colposo, di cui qui di seguito, sulla base di quanto è stato argomentato in precedenza, si tenta di fornire una schematica veduta d'insieme. In un primo contesto, che è quello che abbiamo ricondotto all'evoluzione del sapere tecnico e scientifico, la responsabilità colposa appare sempre più distante da un solido presidio connotativo dell'evento, per poggiare essenzialmente sul disvalore soggettivo della condotta, ancorato alla sintomaticità della violazione della regola precauzionale e conferendo a quest'ultima un ambito di protezione potenzialmente illimitato”, Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento, cit., p. 1985.

²²⁵ Interessanti le considerazioni formulate da C. RUGA RIVA in merito alla genesi di una regola cautelare. Commentando l'ormai storico caso del CVM, infatti, l'Autore ricorda che “*in primo grado vengono assolti gli imputati in relazione alle morti dei soggetti esposti a partire dal 1974, data dalla quale vennero ridotte le soglie di esposizione in limiti ritenuti sicuri. E, per quel che qui più interessa, gli imputati vengono altresì assolti per insussistenza della colpa dall'accusa di avere causato la morte di otto operai esposti nel quinquennio 'sospetto', sulla base di spiegazioni scientifiche raggiunte (o meglio: comprovate) successivamente. Più specificamente, secondo la sentenza richiamata, 'la prevedibilità deve...riguardare un evento che possa concretamente ed effettivamente verificarsi e non già un evento generico o realizzabile in via di mera ipotesi'; 'la prevedibilità di un evento può essere formulata solo allorquando, al momento in cui viene compiuta la condotta iniziale, sussistano leggi scientifiche di copertura le quali permettano di stabilire che da una certa condotta possano conseguire determinati effetti...'; '...l'adeguamento del datore di lavoro alle nuove conoscenze scientifiche deve essere tempestivo, ma sarà esigibile solo nel momento in cui le stesse abbiano raggiunto un grado adeguato di consistenza e di solidità, cioè allorquando sia stato conseguito un patrimonio sufficientemente consolidato, alla luce delle acquisizioni degli organismi internazionali operanti in materia'. Viceversa, i giudici di appello hanno ritenuta sufficiente, ai fini dell'accertamento della colpa, la prevedibilità, al momento della condotta, di un generico evento di danno alla salute, da un lato, e, dall'altro, di un più specifico rischio di cancerogenicità e di epatotossicità riconducibile al CVM, seppure in termini di studi iniziali, basati su ratti e su dosi di esposizione molto elevate. Le motivazioni riportate evocano il tema della genesi della regola cautelare: quando viene alla luce, nel mondo penalistico, una regola cautelare? La risposta del Tribunale di Venezia è incentrata sul momento dell'acquisizione di conoscenze sufficientemente certe al patrimonio della comunità scientifica, certificate dagli organismi internazionali in materia; non rilevano, insomma, gli indizi, i campanelli di allarme, le congetture, pur avanzate da scienziati, non ancora corroborate. Rileva solo, al più presto, l'individuazione di una legge scientifica di copertura secondo il classico modello condizionalistico. Tale impostazione giurisprudenziale sembra riecheggiare una autorevole tesi dottrinale, che parla di 'ineluttabile radicamento del canone della prevedibilità nell'alveo della spiegazione causale'; sicché, se bene intendiamo le parole dei Giudici di primo grado, non sarebbe prevedibile ciò che, al momento della condotta, non può essere spiegato in base ad una legge scientifica. Viceversa, opposta è la tesi accolta dalla Corte d'Appello di Venezia: ai fini della sussistenza del requisito della prevedibilità non è necessaria la 'conoscenza da parte dell'agente dei meccanismi causali...spiegati da una legge scientifica di copertura', ma è sufficiente la conoscibilità del rischio”, Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, cit., pp. 1743 ss. Cfr. sul punto anche G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 11.*

²²⁶ Corte d'Appello di Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004, Pres. Aliprandi, Est. Contini e Lucisano.

Come è stato osservato, una riconoscibilità così ridisegnata postula come destinatario una nuova figura di agente modello, non più legata ai saperi preesistenti, scientificamente convalidati e penetrati nel suo circolo di appartenenza, ma ansiosamente protesa a reperire i segnali di allarme dell'evento dannoso. Una figura, insomma, *“quasi superomistica, collocata in un ‘sistema di allerta informativo’ che lo obbliga a ricercare le notizie in ordine ai rischi connessi allo svolgimento dell'attività”*²²⁷.

In materia medica, ma più in generale in ogni caso in cui il sapere è incerto, l'aspetto deontico rischia quindi di rappresentare un grimaldello per l'imputazione oggettiva perché, in mancanza di solidi parametri a cui agganciare la valutazione giudiziale, si preferisce addebitare al medico la responsabilità dell'evento per il rischio che la sua condotta ha creato anziché prendere più coraggiosamente atto della impossibilità di

²²⁷ V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., p. 1242 ss. Conferma questa conclusione la dottrina favorevole all'ingresso del principio di precauzione, come C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., p. 1743 ss. Cfr. anche la critica di D. PULITANÒ, secondo cui *“è possibile andare oltre, arrivando a fondare sul principio di precauzione addebiti di colpa generica? La sentenza della Cassazione sul Porto Marghera, che ha espressamente evocato il principio di precauzione, riconosce corretto affermare che esso “non ha una diretta efficacia nel diritto penale ma è volto soltanto ad ispirare le pubbliche autorità nelle scelte di regolamentare e vietare determinate attività quando esista il sospetto di una loro pericolosità che però mai ha trovato conferma”. Ritiene però “ben diverso il caso in cui una determinata esposizione si sia già dimostrata dannosa per la salute umana anche se non siano ancora ben delineati i confini di questa pericolosità”. Saremmo oltre l'ambito del principio di precauzione quando, in casi del genere, il legislatore abbia già fatto la sua scelta classificando come nociva una data sostanza ed imponendo determinate cautele. La conclusione in punto di colpa è che le regole sull'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo, ma funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi”. Qualora il sapere successivo consenta l'attribuzione causale, la responsabilità per colpa dovrebbe dunque essere affermata. Nello stesso senso, una voce dottrinale ritiene di poter fondare una diretta rilevanza penalistica del principio di precauzione, quale matrice di regole cautelari, sull'articolo 174 del trattato UE, e ne desume una regola cautelare di questo tipo: “in presenza di serie congetture circa la pericolosità, a date condizioni, di date sostanze o prodotti, raccogli il maggior numero di informazioni e agisci al più presto, conformemente alle regole di sicurezza ipotizzate, pur in assenza di leggi scientifiche di copertura, sulla base delle migliori tecnologie disponibili a costi economicamente sopportabili”. Si tratta di un pacchetto di cautele di contenuto diverso, che vengono articolate come obblighi di approfondimento scientifico, di monitoraggio, di segnalazione al pubblico o ad organi di controllo, e anche “cautele operative volte a ridurre o eliminare il rischio, suggerite dai signa facti o dai risultati degli approfondimenti o aggiornamenti scientifici”. Questa impostazione, che per tanti aspetti risponde a comprensibili esigenze di tutela di beni importanti, solleva l'interrogativo se e quali regole cautelari possano essere costruite sulla base di un sapere scientifico incerto. Può il privato destinatario dei precetti penali assumere su di sé il compito di concretizzare il principio di precauzione, sostituendosi alle scelte politiche che il principio affida a pubblica autorità? Là dove sia stata effettuata dall'autorità competente la scelta di porre precise regole precauzionali, v'è quanto occorre per una precisa responsabilizzazione dei destinatari delle regole. Ma in assenza di interventi del legislatore o di altri titolari del potere di imporre regole, quale sarebbe il dovere esigibile privato?”, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 653.*

addivenire ad un giudizio di prevedibilità in quella specifica situazione ed in relazione a quello specifico fenomeno patologico.

Un simile modello di illecito, è evidente, non solo cozza frontalmente con i principi di tassatività e determinatezza per la logica del caso per caso²²⁸ a cui è ispirato ed il conseguente disorientamento che determina, ma si pone in antitesi anche con il principio di colpevolezza. Di colposo, infatti, non resta più nulla: è la responsabilità oggettiva per rischio ad assumere un rilievo assorbente, perché se l'agente modello fallisce nella rincorsa al procacciamento di notizie utili sul rischio, si vede addebitare l'evento di danno anche se concretamente imprevedibile, alla sola condizione che risulti iscrivibile nel novero delle sia pur labili informazioni che avrebbe dovuto reperire in ordine alle insidie derivanti dall'esercizio dell'attività. Come è stato osservato, del resto, *“il principio di precauzione – a cui è ispirato integralmente questo nuovo modello – opera per definizione in contesti di incertezza scientifica. Il sistema penale, al contrario, funziona (deve funzionare) sulla base di fatti scientificamente valutabili e giuridicamente accertabili in termini di certezza, o perlomeno in termini di elevata probabilità razionale”*²²⁹.

Conferire dignità di conoscenza ad una mera congettura o ipotesi cognitiva significa gravare l'agente modello di oneri informativi superiori che, alla prova dei fatti, finiranno per confonderlo invece di orientarlo correttamente. In questo modo, infatti, l'agente modello viene calato nel dominio incerto della possibilità, governato dalla mano del giudice e con il rischio di una singolare utilizzazione della conoscenza in *malam partem*; in cui, cioè, il confronto non ruota più tra una figura ideale e le possibilità dell'agente-concreto di adeguarsi alle pretese prefissate dall'ordinamento. Accade il contrario: il giudice scruterà soltanto l'agente-concreto, per appurare se abbia adempiuto all'inesigibile sforzo di andare alla ricerca di notizie sul rischio, allo scopo di impedirne lo sviluppo.

Nel valutare questa rincorsa, sarà difficile sottrarsi al rimprovero, dal momento che questo si risolverà nel mostrare come, con un maggiore sforzo, qualche informazione si sarebbe comunque potuta trovare.

²²⁸ D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 933.

²²⁹ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 653.

3.1.2. IL RAPPORTO DI TENSIONE TRA IL PARAMETRO DELL'AGENTE MODELLO E L'APPROCCIO PRECAUZIONALE DI MATRICE GIURISPRUDENZIALE: LA PROBLEMATICA DEFINIZIONE DELLA PREVEDIBILITÀ DELL'EVENTO.

Le problematiche fino ad ora illustrate, come è intuibile, non attengono esclusivamente alla individuazione dello standard di diligenza necessario a definire l'agente modello, ma si ripercuotono anche, e forse soprattutto, sul secondo e cruciale passaggio dell'accertamento colposo relativo alla prevedibilità dell'evento²³⁰.

Come visto, il fulcro del parametro dell'agente modello è rappresentato dal giudizio di prevedibilità: la selezione delle informazioni idonee a definire lo standard di diligenza serve infatti proprio a valutare se l'agente modello così definito sarebbe stato in grado di prevedere lo specifico evento che si è effettivamente verificato e di adeguarsi al parametro comportamentale idoneo ad evitarlo.

In ambito medico, però, il generico richiamo alla prevedibilità che dovrebbe informare la valutazione dell'agente modello non esprime alcuna reale efficacia selettiva²³¹. È ancora una volta la scienza medica, infatti, a potere stabilire se, in

²³⁰ Vedi F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1296.

²³¹ Cfr. sul punto A. MASSARO, per cui “i giudizi di prevedibilità e di evitabilità che definiscono il contenuto della regola a finalità preventiva manterrebbero la consistenza di inafferrabili simulacri se non si definissero l'oggetto ed il parametro dei giudizi stessi. Quanto all'oggetto del giudizio, il contenuto di una regola cautelare può essere descritto ricorrendo alla seguente schematizzazione: “In presenza della situazione A è prevedibile che si verificherà un evento del tipo Y, che si può evitare tenendo (o non tenendo) un comportamento X». La precisazione non pare di poco conto. Se infatti si ritiene di accogliere la duplice premessa per cui: a) la regola cautelare assolve ad una funzione oggettiva della colpa, nel senso che contribuisce alla descrizione della condotta tipica, e b) lo “scopo di tutela” viene in considerazione già in sede di formulazione della regola cautelare, dovrebbe ottenersi come sillogistica conclusione che la riconducibilità dell'evento concreto allo scopo di tutela della regola cautelare che si assume violata contribuisce alla stessa “selezione” della condotta penalmente rilevante. In altri termini: nel caso di scuola dell'anziano debole di cuore, colto da infarto alla vista di una manovra di sorpasso vietata, non ha senso porre un problema di derivazione causale dell'evento dalla condotta dell'automobilista imprudente perché, più “a monte”, manca una condotta tipica in grado di costituire il primo termine della relazione “causale”, in quanto manca una regola cautelare della cui operatività si possa discutere nel caso di specie. Non può certo negarsi che l'univoca delimitazione dell'ambito di tutela di una regola cautelare si riveli spesso operazione tutt'altro che agevole. Tralasciando, tuttavia, le (sia pur numerose e complesse) ipotesi problematiche, si può tentare di ricavare dalla conclusione poc'anzi esplicitata conseguenze ulteriori, con particolare riferimento alla “base” del giudizio su cui fondare l'individuazione dello scopo della regola cautelare alla quale si pretende di ricondurre l'evento concreto”, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, cit., p. 4699.

base alle informazioni conosciute o conoscibili al momento della condotta, l'agente modello sarebbe stato in grado di prevedere l'evento²³².

Se quanto appena osservato è vero, allora è evidente che anche in punto di colpa si riproporranno identiche le tematiche relative al rapporto tra scienza e diritto già esaminate nel capitolo dedicato alla causalità²³³. Si tratta, del resto, di una conclusione logicamente necessaria: i limiti della scienza a spiegare il rapporto causale tra condotta ed evento, infatti, non possono che riflettersi in altrettanti limiti scientifici a formulare tra essi un giudizio di prevedibilità.

Il semplice riferimento alla generica categoria della prevedibilità che connota la figura dell'agente modello, al pari di quello altrettanto generico della diligenza esaminato nel paragrafo precedente, si scontra quindi con un patrimonio scientifico estremamente incerto²³⁴.

Anche in questo caso, dunque, l'approccio precauzionale si rivela particolarmente utile a risolvere, aggirandolo, il problema: lo spostamento del baricentro del giudizio colposo dalla prevedibilità dell'evento al reperimento di tutte le informazioni idonee a *sospettarne* la verifica, infatti, rende secondario l'accertamento della sua riconducibilità nella classe di quelli che il parametro comportamentale è finalizzato ad evitare²³⁵.

²³² Interessante sul punto F. GIUNTA, per cui *“la teoria della prevedibilità ha l'indubbio merito di cogliere il modo di procedere attraverso cui una regola cautelare viene concepita sotto il profilo della sua verità esperienziale e della sua efficacia preventiva. In quanto previsione potenziale, infatti, la prevedibilità funge da ponte tra le conoscenze causali disponibili e l'efficacia di un comportamento cautelare assunto in ipotesi”*, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, cit., p. 94.

²³³ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648.

²³⁴ Quanto appena sommariamente osservato dovrebbe permettere di concludere che il giudizio di prevedibilità rappresenta, allo stato, il momento più critico dell'intero accertamento colposo. Come è stato sottolineato, infatti, *“il punctum dolens resta la ricostruzione della tipicità colposa, che da un lato continua a soffrire dell'irrisolto intreccio tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia, risentendo dall'altro lato delle irrimediabili carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento della regola cautelare”*, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 247. Cfr. sul punto anche F. STELLA, per cui *con il sapere incerto, scientifico o esperienziale che sia, è purtroppo inevitabile fare i conti, con una difficoltà che costituisce il punto di massima ed inesplorata complessità della scienza giuridica. Il riconoscimento indiscusso di tale necessità nella prassi, costituisce uno dei motivi di più radicale contrasto tra dottrina e giurisprudenza”*, *Giustizia e modernità*, cit.

²³⁵ Cfr. Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Est. Giordano, P.M. Guariniello, secondo cui *“in tema di responsabilità per colpa, la condotta è colposa se appare contraria a specifici precetti di agire o non agire, o a norme generiche di condotta derivate da comune esperienza che impongono prudenza, diligenza e perizia. Queste norme devono comprendere anche le regole non comuni, non diffuse a livello sociale affinché possa esserci un continuo e automatico aggiornamento dei livelli di sicurezza rispetto alle progressive conquiste della ricerca scientifica. La prevedibilità ed evitabilità di un evento dannoso si determinano anche con il parametro relativistico dell'agente modello, cioè*

Come detto, del resto, la logica precauzionale nasce proprio al fine di sopperire alle lacune scientifiche che rendono problematico o semplicemente impossibile un simile momento valutativo²³⁶: ma davvero può essere affermata la colpa per l'evento specifico più grave, in ragione della violazione di regole cautelari (poste dal legislatore o altrimenti concretizzabili secondo i criteri della prevedibilità ed evitabilità) pensate in relazione ad un rischio generico?

dell'homo eiusdem condicionis et professionis. Nel campo della responsabilità colposa generica e specifica per la morte di un lavoratore non occorre che il soggetto tenuto ad adottare specifiche misure cautelari si sia potuto rappresentare in modo specifico l'evento morte o addirittura il decorso causale attraverso cui si può giungere ad esso. È necessario e sufficiente che il soggetto agente abbia potuto prevedere un grave danno alla salute o un danno alla vita, in quanto la prevedibilità nella colpa consiste nella possibilità generica che un uomo di una determinata cultura e in un certo contesto storico ha di prevedere l'evento, del genere di quello che si è verificato, quale possibile realizzazione della pericolosità insita nella propria condotta in quanto avente una capacità lesiva del bene giuridico tutelato". Interessanti sul punto appaiono le considerazioni di G. ROTOLO, secondo cui "un particolare profilo di delicatezza nella definizione della condotta doverosa che si assume violata attiene alla specifica dinamica di accertamento degli illeciti colposi: alla necessità, cioè, di ricostruire la regola cautelare sulla base di giudizi di prevedibilità ed evitabilità, entro una cornice situazionale ex ante. Riscontro, tuttavia, che sarà materialmente svolto solo dopo il verificarsi dell'evento, quando si avrà la certezza che sul piano concreto l'offesa al bene giuridico non sia comunque stata evitata. A tal riguardo, è facile immaginare come l'atteggiamento di chi voglia ricostruire a posteriori i contenuti della cautela richiesta ex ante possa andare incontro a distorsioni sul piano cognitivo, riconducibili allo schema del "senno di poi". Per hindsight bias, infatti, è da intendersi, secondo la definizione di Baruch Fischhoff, l'incapacità di «fare un salto nel passato» e di ignorare lo sviluppo reale delle dinamiche materiali, una volta che se ne conosca il compimento. In sostanza, «con il senno di poi, la gente regolarmente esagera quello che si sarebbe potuto prevedere. Non soltanto si tende a considerare quanto accaduto come inevitabile, ma anche se fosse apparso "relativamente inevitabile" già prima del suo realizzarsi. La gente ritiene che gli altri avrebbero dovuto essere in grado di prevedere gli eventi molto meglio di quanto non fosse effettivamente possibile». La sintetica esposizione dell'esperimento che ha inaugurato le ricerche in tema di hindsight bias può contribuire a comprendere appieno i caratteri di tale pregiudizio. Prima della partenza del presidente Nixon per una visita ufficiale in Cina e in Russia, nel 1972, venne sottoposto a un gruppo di studenti un questionario circa quali sarebbero stati gli esiti di tale iniziativa diplomatica, suddivisi in quindici differenti scenari. Al termine del viaggio, si chiese allo stesso campione di ricordare quale fosse stata la previsione. «I risultati furono chiari. Se un evento si era verificato davvero, gli intervistati esageravano la probabilità che vi avevano assegnato in precedenza; se il potenziale evento non si era verificato, ricordavano erroneamente di averlo sempre considerato improbabile». Se nell'indagine appena ripercorsa l'attenzione dei ricercatori si è concentrata sulla valutazione ex post di un giudizio espresso in prima persona, cionondimeno – come già sottolineato – simile pregiudizio rileva anche con riferimento alle previsioni altrui. In particolare, esso ricorre nell'ambito del decision making, nel senso che interviene soprattutto a proposito del giudizio circa le scelte di chi prende decisioni nell'interesse di altri: dal consulente finanziario al medico, appunto. Quanto alla natura di tale «distorsione del senno di poi», essa è da considerarsi di carattere cognitivo. In effetti, l'hindsight bias è stato anche definito alla stregua di un processo motivazionale secondo due diverse ricostruzioni, nessuna delle quali, tuttavia, pienamente convincente (...). Guardando indietro nel tempo, in una certa misura, si attribuisce senso allo sviluppo dei fatti ormai concluse. Delle molte informazioni disponibili in riferimento a un determinato contesto, si escludono quelle irrilevanti e ci si concentra su quella che ex post risulta abbia avuto maggiore incidenza sul verificarsi di quello specifico evento, fino al punto di ritenere che tale sviluppo causale fosse prevedibile anche ex ante. Per altro verso, l'hindsight bias può dipendere dall'attribuzione di rilevanza alla sola informazione disponibile", G. ROTOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, cit., p. 1265.

²³⁶ Cass. 17 maggio 2007, n. 885, in Foro it., II, 550, con nota di R. Guariniello.

La risposta non può che essere nettamente negativa: prescindendo dalla necessità di riscontrare una legge scientifica in grado di spiegare che da una *determinata* condotta può derivare un altrettanto *determinato* evento, infatti, si legittima la definizione di un giudizio colposo fondato su parametri comportamentali generici²³⁷ ed in quanto tali inadeguati ad assolvere alla funzione che è loro propria.

Inoltre – e questo rappresenta il terzo problema che consegue all’approccio precauzionale ed elencato nel paragrafo precedente – permettono di elaborare un giudizio in cui l’evento non viene più indagato come la specifica concretizzazione del rischio che la condotta ha generato²³⁸, ma come la semplice *conferma a posteriori* della generica pericolosità della condotta²³⁹ congetturata all’inizio.

²³⁷ Vedi sul punto S. PREZIOSI, per cui “*la questione affrontata dalla giurisprudenza riguarda, fra l’altro, la configurabilità di regole cautelari ad ampio spettro, che presentano cioè ‘una sfera preventiva particolarmente ampia e generica’. (...) Il carattere genericamente dannoso della condotta già conosciuto al tempo della sua realizzazione; la presenza di regole cautelari ad ampio spettro; la asserita prevedibilità di eventi diversi proprio in carenza di conoscenze scientifiche certe e complete, renderebbero ascrivibile l’evento a titolo di colpa seppure in relazione ad una dubbia portata precauzionale della regola violata rispetto all’evento concretamente verificatosi. A questo riguardo, i punti maggiormente critici di tale conclusione sembrano rappresentati dalla debole valenza tipizzatrice della regola precauzionale e dalla genericità del criterio della prevedibilità. Paradossalmente, secondo la posizione della giurisprudenza qui richiamata, il disvalore del reato colposo di evento diviene (implicitamente) tutto soggettivo: “ma che agente modello è quello che sottopone altri all’esposizione ad una sostanza già riconosciuta (dalla legge!) come nociva anche se le conseguenze dell’esposizione non siano ancora completamente note?”. In un quadro del genere non ha più senso parlare di tipicità del reato colposo e nemmeno di agente modello, posto che inequivocabilmente l’unico elemento fondante l’addebito per colpa è la violazione della regola precauzionale”, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, cit., p. 1985.*

²³⁸ Cfr. sul punto A. MASSARO, per cui “*in proposito, nonostante taluni orientamenti giurisprudenziali di segno contrario, non sembra necessiti di particolare dimostrazione l’insufficienza del riferimento ad una classe di eventi talmente ampia da risultare onnicomprensiva: le cautele doverose si annullerebbero entro gli slabbrati confini di un generico neminem ledere che, letto secondo la logica del post hoc, propter hoc, finirebbe con il legittimare un indebito ingresso del “principio” di precauzione, non già come indicazione (utile, in certi settori) de iure condendo, ma come autentico criterio di imputazione de iure condito. Anche la pronuncia in commento, del resto, precisa significativamente che oggetto di prevedibilità ex ante debba essere lo «specifico sviluppo causale» che ha condotto all’evento», *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, cit., p. 4699. Cfr. anche F. GIUNTA, per cui “*una delle caratteristiche della dogmatica della colpa è stata, e continua a essere, il tentativo di giustificare questa deroga, ossia l’impossibilità di stabilire in anticipo e con sufficienti margini di certezza la regola cautelare doverosa dotata di efficacia liberatoria. Si muove infatti dalla convinzione che le situazioni di pericolo che fanno scattare il dovere di diligenza non consentono, a causa della loro varietà, di prevedere e descrivere in termini astratti ed esaustivi il ventaglio delle regole cautelari doverose ed efficaci. La qual cosa – a ben vedere – significa negare la stessa possibilità di una tipicità. Così ragionando, la colpa diventa un giudizio direttamente sull’agente hic et nunc, dal momento che, al di fuori della mediazione della tipicità (che è pur sempre predicato di una condotta), il giudizio di colposità finisce per investire direttamente l’agire concreto nella situazione concreta. E ciò a dispetto del diffuso insegnamento secondo cui una delle principali ricadute sistematiche delle concezioni normative della colpa è stata l’affermazione del reato colposo come illecito dotato, prima ancora che di una sua peculiare colpevolezza, di una sua peculiare tipicità. Detto altrimenti:**

L'approccio giurisprudenziale ispirato al modello precauzionale, in altre parole, fonda il giudizio di condanna su un concetto di prevedibilità così astratto ed onnicomprensivo, rispetto all'evento *hic et nunc* verificatosi, da configurare una vera e propria ipotesi di responsabilità oggettiva occulta²⁴⁰ in cui la regola cautelare si trasforma in *regola cautelativa*²⁴¹ e la pericolosità di una data condotta, meramente *congetturabile* al momento in cui si è tenuta, viene tradotta in prevedibilità *dopo* che viene svolto con esito positivo l'accertamento causale.

La prevedibilità si trasforma, in altre parole, da parametro utile a tutti – soggetto agente al momento della condotta e giudice al momento dell'accertamento – per capire come comportarsi, a criterio esclusivamente giudiziale per capire *con il senno del poi* come si sarebbe dovuto comportare il soggetto agente²⁴². L'approdo colpevolista di un simile metodo valutativo è inevitabile. Come è stato opportunamente evidenziato ricorrendo ad un esempio processuale di matrice anglosassone, infatti, “*valutando le scelte operate da altri tendiamo a incolparli delle*

rinunciando alla pre-determinazione della regola cautelare, come autonoma norma comportamentale, generale e astratta nonché distinta dal divieto penale e destinata a integrarlo, l'impostazione tradizionale e ancora prevalente giunge in realtà a esiti applicativi che non differiscono significativamente da quelli cui conducono le c.d. concezioni soggettive della colpa, le quali modellano il giudizio di responsabilità sull'evitabilità dell'evento in concreto secondo le capacità (anche superiori) dell'agente reale. Come si diceva, l'impostazione corrente, nel ricostruire ex post la tipicità colposa, inclina a considerare la norma cautelare principalmente come una regola di giudizio nelle mani del giurista, piuttosto che come regola di condotta per il cittadino. Bisogna aggiungere adesso che, intervenendo ex post, i criteri di imputazione chiamati a forgiare la tipicità colposa risentono inevitabilmente, nella loro applicazione pratica, del senno di poi, con conseguente deformazione del giudizio di colpa. In questo modo, si prescinde dall'accertamento del primo nesso tra colpa ed evento tradizionalmente ritenuto indispensabile a valutare la natura effettivamente personale della responsabilità”, La legalità della colpa, cit., p. 155.

²³⁹ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648.

²⁴⁰ Cfr. C. RUGA RIVA, secondo cui “*a queste condizioni, i presupposti per un autentico rimprovero di colpevolezza sono effettivamente labili, di converso è alto il rischio di un appiattimento sulla logica del versari in re illecita*”, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., p. 1770.

²⁴¹ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 180.

²⁴² Cfr. D. PULITANÒ, secondo cui “*anche a tenere rigorosamente fermo che il problema della colpa va impostato da una prospettiva ex ante, mettendosi per così dire al posto dell'agente al tempo dell'azione, conoscenze successive (non solo fattuali, ma anche nomologiche) possono legittimamente venire in rilievo nel contesto del giudizio su fatti pregressi. Per l'accertamento della causalità è pacifico che viene in rilievo tutto il sapere disponibile al momento del giudizio: la storia del passato può, anzi deve essere fatta utilizzando tutto il sapere del presente, e ciò vale anche per l'accertamento dei fatti di reato nel processo penale (...). Appunto la possibilità di accertare (col sapere scientifico di poi) la causalità rispetto ad eventi gravi e gravissimi, apre uno iato rispetto alla impossibilità di fondare sul sapere di poi un giudizio di colpa, che deve essere rigorosamente ex ante. Ma la distinzione fra il prima ed il poi, come l'esperienza giudiziaria ha mostrato, non è senza punti problematici, o quantomeno apparsi tali nel contesto di processi su vicende drammatiche*”, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 649.

decisioni buone che hanno avuto cattivo esito e a non apprezzarli abbastanza per le mosse efficaci che hanno compiuto e che sembrano ovvie solo 'a posteriori'. Non è dunque difficile intravedere come tale condizione possa riguardare le ipotesi in cui il giudizio verta sull'esito infausto di un'attività terapeutica. Tanto più se si considera quanto già accennato a proposito dell'esposizione delle scelte mediche ed in particolare al rischio di essere valutate sulla scorta del senno di poi. Prendiamo un intervento chirurgico a basso rischio nel corso del quale un incidente imprevedibile provochi la morte del paziente. La giuria tenderà a credere, dopo il fatto, che l'operazione in realtà fosse rischiosa e che il dottore avrebbe dovuto pensarci due volte prima di ordinarla. Non a caso, alcune ricerche empiriche in tema di hindsight bias²⁴³ hanno toccato proprio l'ambito della responsabilità medica²⁴⁴; illustrando, più nello specifico, un'indagine avente ad oggetto le valutazioni espresse da un campione rappresentativo della comunità sociale di riferimento composto da 297 unità e relative alla eventuale responsabilità di un medico per i danni cagionati dalle reazioni violente di un paziente affetto da disturbi psichiatrici, l'Autore in parola ha ricordato come la ricerca si proponesse "di verificare l'eventuale incidenza dell'hindsight bias, anche sotto il profilo della ricostruzione di un rimprovero a titolo colposo, rispetto a sei distinti scenari (...). La caratterizzazione di ogni singola situazione era ulteriormente suddivisa in tre diversi contesti: quello accompagnato dalla consapevolezza dell'avvenuta realizzazione di episodi di violenza in danno della vittima; il secondo in cui era noto, al contrario, che non si era verificato alcun evento lesivo; il terzo contenutisticamente neutro, rispetto al quale nessun ulteriore elemento di conoscenza si accompagnava alla descrizione del caso. Gli esiti dell'indagine hanno dimostrato come la conoscenza del concreto verificarsi di condotte violente da parte del paziente abbia determinato la maggiore propensione a ritenere 'negligent' il medico, sebbene le cautele da questi adottate fossero comunque appropriate"²⁴⁵.

Anche in questo caso, quanto appena illustrato ha immediate ripercussioni di natura sia sostanziale che processuale: dal punto di vista sostanziale, innanzitutto, un

²⁴³ Letteralmente: errore del giudizio retrospettivo.

²⁴⁴ G. ROTOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, cit., p. 1266.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 1267.

modello valutativo del genere spalanca le porte alla manipolazione della tipicità penale da parte del giudice, dal momento che la retorica predittiva fondata sul semplice parametro della prevedibilità può rappresentare un utile strumento per permettere al giudice di conformare il giudizio di colpa alle esigenze di giustizia sostanziale di cui desidera farsi interprete²⁴⁶: *“la teoria della prevedibilità rischia di amplificare la indeterminatezza della tipicità della colpa generica. Né deve meravigliare la diffusione che incontra tuttora la teoria della prevedibilità nella giurisprudenza. A ben vedere, essa si spiega anche con l’attitudine della prevedibilità ad una ricostruzione della regola cautelare, che si presti ad una agevole motivazione della sentenza. Attraverso la modulazione del parametro di prevedibilità e del grado di accadibilità dell’evento, l’interprete può agevolmente costruire ex post la regola cautelare che, considerata ex ante, avrebbe impedito la verifica dell’evento”*²⁴⁷. Si assiste, in altri termini, ad un capovolgimento della struttura tradizionale dell’agente modello: *“l’accertamento peritale viene non di rado informato alla logica del ‘senno di poi’. I periti, conoscendo in anticipo la causa dell’evento, ‘si espongono al rischio di una peculiare ‘precomprensione’ in sede di*

²⁴⁶ Cfr. sul punto T. CAMPANA, laddove sottolinea l’*“esigenza di sopperire all’eccessiva aleatorietà dei concetti di diligenza, prudenza e perizia, rispetto ai quali il giudice è chiamato non solo a valutare la conformità della condotta del medico alla norma generale ed astratta, ma a definire ex ante il comportamento diligente, prudente e perito, quasi sostituendosi al legislatore. Va segnalato inoltre, l’ulteriore rischio connesso al deficit di standardizzazione, che è quello di fondare la colpa medica sulla violazione di regole aperte, determinando da un lato, una eccessiva dilatazione del contenzioso medico-legale e violando dall’altro, il principio di tipicità della fattispecie di reato”*, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico*, nota a Cassazione penale, sex. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, in *Cass. pen.* 2012, 2, p. 547. Cfr. sul punto anche D. MICHELETTI, per cui *“comunque lo si calibri e lo si corregga, in altre parole, il generico richiamo alla prevedibilità non è in grado di fondare un giudizio colposo conforme ai principi imposti dall’articolo 25 c. 2 Cost.”*, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, cit., p. 173.

²⁴⁷ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., p. 95. Vedi sul punto anche C. PIERGALLINI, secondo cui in materia di colpa medica, paradigma della colpa generica, per la giurisprudenza è sufficiente considerare la *“condotta globalmente considerata in relazione all’evento verificatosi”*, con l’effetto di rendere del tutto evanescente il profilo della tipicità colposa. C. PIERGALLINI, *La regola dell’oltre ragionevole dubbio*, cit., p. 636. Interessanti critiche all’eccessivo peso assunto nel giudizio penale dalle valutazioni peritali sono espresse da F. CENTONZE. Si riporta in particolare il passaggio in cui l’Autore spiega che *“una parte di tali comportamenti è anche dovuta alla prassi, invalsa in talune procure, di nominare regolarmente gli stessi consulenti tecnici con il rischio che la prospettiva di uno stabile vincolo economico ed il reiterato legame con la pubblica accusa possa andare a discapito di una obiettività e serietà di giudizio dell’esperto”*, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, cit., p. 1232. Vedi anche sul punto A. ROIATI, per cui la contestazione della colpa generica finisce così per essere impropriamente equiparata alla contestazione di una sorta di *“colpa generale, integrabile da qualsiasi inosservanza di regole cautelari astrattamente collegabili all’evento”*, A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, cit., p. 1125.

individuazione della regola cautelare doverosa, nel senso che tenderanno quasi sempre a 'trovarne una', senza calarsi davvero in una prospettiva ex ante, come imporrebbe un accertamento ortodosso della colpa”²⁴⁸.

Dal punto di vista processuale, invece, il ricorso al generico parametro della prevedibilità non garantisce la conoscibilità *ex ante* del precetto perché, essendo del tutto privo di qualsiasi connotazione oggettiva, non assicura che la prognosi postuma effettuata dal giudice in base a questa semplice clausola coincida con il giudizio prognostico che il singolo avrebbe potuto operare. Come è stato opportunamente concluso, dunque, *“la crisi della prevedibilità declinata secondo l’agente modello ha finito per aprire un vuoto diagnostico che la giurisprudenza ritarda a colmare non indicando con fermezza quale sia l’alternativo ed univoco parametro tecnico alla luce del quale stabilire la regola comportamentale di cui si addebita la trasgressione”²⁴⁹.*

3.1.3. LE CONSEGUENZE PROCESSUALI DELL’APPROCCIO PRECAUZIONALE NELLA DEFINIZIONE DELLA REGOLA CAUTELARE

La dimostrazione di quanto appena illustrato è data dalla prassi giurisprudenziale che si è consolidata, specie nel settore della responsabilità medica, in merito alla definizione del parametro cautelare.

Come è stato osservato, infatti, in materia si è registrata una definizione progressiva, in costante evoluzione e rimessa alle mutevoli acquisizioni dibattimentali, della regola cautelare violata, con conseguente esposizione del medico imputato al rischio di un’incriminazione *in fieri*: *“non può negarsi l’esistenza di sentenze di condanna emesse nei confronti dei medici senza avere raggiunto quella precisa e stabile individuazione della regola cautelare violata che contribuisce a delineare il fatto tipico colposo, con conseguente aggiramento della verifica riguardante il nesso*

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 1227.

²⁴⁹ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 249.

*normativo che deve avvincere la violazione del dovere di diligenza e l'esito avverso verificatosi*²⁵⁰.

Un simile modo di procedere rappresenta la massima espressione dei problemi analizzati fino ad ora.

In base alle premesse teoriche del ragionamento colposo, infatti, il parametro comportamentale non può essere rimesso alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare predefinito e riconoscibile *ex ante* dall'agente quale regola comportamentale astratta²⁵¹ per permettere a quest'ultimo di potersi conformare prima di adottare la scelta terapeutica concreta²⁵².

²⁵⁰ A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, cit., p. 1125. Cfr. sul punto C. RUGA RIVA, secondo cui “*non pare condivisibile la giurisprudenza che, ai fini della imputazione soggettiva di un dato evento mortale, ‘si accontenta’ della prevedibilità ex ante che dalla condotta potesse genericamente derivare un danno grave alla salute. Tale tesi giurisprudenziale va respinta se e nella misura in cui finisce con l'imputare ad un soggetto un evento (morte) già astrattamente diverso e più grave di quello genericamente prevedibile (lesioni più o meno gravi, ovvero danno alla salute e non alla vita). Più problematica appare l'ipotesi in cui l'evento astrattamente prevedibile ex ante, per quanto diverso da quello poi concretamente realizzatosi, fosse proprio la morte (o proprio le lesioni), e cioè un evento omogeneo, causato dalle medesime fonti di rischio che a norma cautelare mirava a prosciugare. Fondamentale è la interpretazione dello spettro di tutela della singola regola cautelare. Occorre comprendere quale fosse il tipo ed il livello di rischio che la cautela mirava ad impedire. Successivamente, e in aggiunta, occorre chiedersi se la cautela richiesta dalla legge o dalla prudenza avrebbe evitato l'evento come concretamente verificatosi. In primo luogo, occorre verificare i tipi di eventi astratti (morti, lesioni gravissime, lesioni gravi, lesioni lievi) che la regola di diligenza si proponeva di evitare attraverso lo sbarramento di determinati canali di rischio, entro il livello di rischio consentito (pari a zero, o al minimo ottenibile con le migliori tecnologie dell'epoca). Se l'evento verificatosi corrisponde per tipo a quello prevedibile ex ante e si è realizzato attraverso il medesimo canale di veicolazione del rischio; se l'agente non ha eliminato il rischio prosciugando la sua fonte o non lo ha ridotto nei limiti consentiti; se vi è prova che l'adozione delle cautele doverose (dei programmi di comportamento scaturenti dalle misure cautelari) coerenti con i livelli di rischio ammessi avrebbe evitato l'evento, allora si porrà il problema della attribuibilità di tale evento”, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., p. 1743 ss.*

²⁵¹ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, cit., p. 90.

²⁵² Vedi sul punto F. GIUNTA, per cui “*l'obiettivo prioritario delle tradizionali impostazioni normative, in perfetta continuità con le concezioni psicologiche di matrice ottocentesca, era infatti la conciliazione della colpa, quale forma di responsabilità per l'evento non voluto, con il principio di colpevolezza. Il problema della tipicità dei reati colposi rimaneva invece nell'ombra, perché veniva affidato agli anzidetti criteri di imputazione. Non c'è dubbio che essi, percorsi “a ritroso”, consentono all'interprete di decifrare l'identità della regola cautelare violata, ravvisandola nel comportamento che, in base a un giudizio controfattuale del tutto simile a quello che si utilizza per l'accertamento della causalità, avrebbe evitato l'evento o quanto meno ne avrebbe ridotto in modo significativo le probabilità di verificazione. Si tratta, però, di un metodo ricostruttivo impervio e incerto, comunque pensato più per il giudice che sul concetto di negligenza è chiamato a costruire un giudizio di responsabilità penale, che per il cittadino il quale è tenuto quotidianamente a districarsi tra regole cautelari e situazioni di pericolo. In breve: l'approccio tradizionale ricostruiva la tipicità colposa in termini non già descrittivi, ma puramente ascrittivi. In quest'ottica, e tornando alla struttura dei reati colposi, la condotta tipica corrispondente alla violazione della regola cautelare doverosa non costituiva un dato di partenza, ma l'esito di un complesso e articolato ragionamento imputativo”, *La legalità della colpa*, cit., p. 151.*

Se è dunque vero, come è stato osservato, che non potrebbe pretendersi l'assoluta precisione ed immutabilità del fatto colposo nel corso dello sviluppo processuale – al pari di qualsiasi altra circostanza fattuale suscettibile di subire modificazioni a seconda delle risultanze dell'istruttoria – è altrettanto vero che la migliore definizione *in itinere* della regola cautelare dovrebbe essere circoscritta ai suoi peculiari aspetti tecnico-scientifici e non ricomprendere, invece, una regola di condotta del tutto eterogena rispetto a quella originariamente oggetto di contestazione²⁵³.

Come visto, però, la realtà è molto diversa²⁵⁴.

²⁵³ D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 961.

²⁵⁴ Cfr. G. ROTOLO, per cui “*uno degli aspetti più problematici dipende, in radice, dalla stessa ricostruzione del fatto tipico colposo che richiede, come già visto, anche l'individuazione della regola cautelare, rappresentando essa stessa un elemento di concretizzazione del precetto nella situazione di riferimento. La “chiusura” delle fattispecie, cioè, passa attraverso l'attualizzazione rispetto al caso di specie dei doveri di diligenza, prudenza e perizia da parte del soggetto, nella prospettiva di evitare l'offesa al bene giuridico tutelato. Pertanto, è proprio dalle norme cautelari ‘che per i reati colposi ci si attende l'esplicarsi nei confronti dei consociati di quella ‘funzione di ammonimento’ che nei reati dolosi compete già alla norma penale’. Ma non si vede in quale modo le norme comportamentali doverose in ambito medico possano richiamare il destinatario all'adozione delle cautele necessarie se, come già si è detto, la giurisprudenza tende a presumerne la violazione nello sviluppo della stessa dinamica causale, quando non addirittura a ometterne l'individuazione: ogni accorgimento adottato potrà essere retrospettivamente reputato insufficiente, così come in sede di giudizio potranno essere definite doverose regole comportamentali ulteriori rispetto a quelle, pur appropriate, adottate dal singolo. E, dunque, le regole cautelari in tale prospettiva non assolverebbero affatto alla funzione di esprimere modelli di condotta per il soggetto agente, ma rappresenterebbero soltanto uno strumento nelle mani del giudice per ricostruire ex post la tipicità colposa. Nella cornice situazionale della responsabilità medica, poi, gli effetti in malam partem di tale incertezza assumono tratti di particolare delicatezza, se solo si considera che l'attività sanitaria si estrinseca nella continua esposizione al rischio di offendere la salute e l'integrità fisica del paziente, sebbene in vista di una beneficiabilità auspicata, che non assume contorni illeciti proprio per l'alto valore della professione medica. Sicché soltanto la violazione delle cautele doverose potrà caratterizzare in termini di illecito condotte che, ordinariamente, assolvono a una funzione sociale essenziale. Ma se, nei fatti, esse vengono svuotate del ruolo di mediazione tra il precetto e la situazione concreta, evidentemente i contenuti dello stesso illecito assumono tratti di irrisolvibile ambiguità. Parrebbe che tanta parte, nella determinazione di tale esito di incertezza, abbia proprio la giurisprudenza, nella misura in cui essa pare adeguare il nucleo precettivo della norma, di volta in volta ‘ritagliandolo’ sul caso concreto. In condizioni del genere, infatti, non sarebbero garantite al destinatario del precetto quelle ‘libere scelte d'azione’ che, al contempo, rappresentano la dimensione sostanziale del principio di legalità e l'oggetto di un eventuale rimprovero di colpevolezza. Non a caso, del resto, la ‘storica’ sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, riconosceva come uno dei casi paradigmatici, in cui potrebbero verificarsi situazioni di ignoranza iuris, fosse proprio quello caratterizzato ‘da un gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari’. Ma, in questa prospettiva, il ruolo esercitato dalla giurisprudenza potrebbe addirittura assumere tratti paradossali, se solo si considera l'eventualità in cui - ai fini della soluzione della personale condizione d'incertezza sui contenuti del comportamento doveroso richiesto dall'ordinamento - l'operatore sanitario determinasse la propria condotta, adeguandola a quanto deciso in un caso analogo. La sentenza della Corte costituzionale appena richiamata, infatti, precisava come ciascun consociato sia ‘obbligato a risolvere l'eventuale dubbio attraverso l'esatta e completa conoscenza della (singola) legge penale’. E risulta evidente che il riferimento alle concrete soluzioni adottate in sede giudiziaria possa assumere funzione orientativa rispetto alla comprensione del precetto da parte del singolo. La*

Nella giurisprudenza di legittimità prevale infatti l'orientamento secondo cui i profili dell'inosservanza cautelare possono considerarsi per lo più fungibili, posto che *"la sostituzione o l'aggiunta di una particolare ipotesi di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra accusa e sentenza a norma dell'art. 521 c.p.p."*²⁵⁵.

In questo modo, il dibattimento viene trasformato in molti casi non già nel luogo in cui testare la tenuta dell'ipotesi accusatoria, bensì nel luogo in cui viene messa a punto, e talvolta riformulata anche più volte, la stessa contestazione processuale dei fatti colposi²⁵⁶.

La radicale differenza dell'ottica con cui può essere esaminato il fatto da parte del medico e del giudice si rende, così, evidente: *"mentre l'agente affronta la situazione di pericolo avendo quale esclusivo riferimento le conoscenze disponibili al momento della condotta – è stato infatti osservato – il giudice, nella tranquillità metafisica del suo pensatoio, è in grado di distillare le cautele più varie, comprese quelle inverosimili ex ante o non ragionevolmente pretendibili, perché sproporzionatamente onerose o perché sperimentali o semplicemente perché non sufficientemente note e accreditate al momento del fatto"*²⁵⁷.

La contestazione della colpa finisce così per coprire tutto l'universo cautelare, generico e specifico, convertendosi in una sorta di formula vuota o di clausola generale da cui origina il fenomeno della c.d. cripto imputazione che porta ad eludere il dovere di formulazione degli elementi essenziali dell'addebito²⁵⁸.

*giurisprudenza, così, diverrebbe non solo causa di tale situazione di incertezza, ma anche fonte del parametro comportamentale nel caso di specie, in tal modo innescando il rischio che l'attività medica non si conformi alle migliori *leges artis* dell'arte medica, o, comunque, non si orienti alla tutela del paziente, ma alla finalità egoistica di evitare un contenzioso sulla base dell'insegnamento tratto dal precedente giurisprudenziale", "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, cit., p. 1269.*

²⁵⁵ Cass., sez. IV, 23 ottobre 1997, n. 11538, Geremia, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3381.

²⁵⁶ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 247.

²⁵⁷ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 152.

²⁵⁸ Interessanti sul punto le osservazioni di D. MICHELETTI in merito alla vicenda affrontata da Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2008, Legrè: *"oggetto del giudizio era la verifica della diligente effettuazione di un intervento chirurgico di artroliasi al gomito, riservato in genere ai casi più ostici e resistenti di rigidità articolare, che comporta un'escissione della capsula articolare volta a liberare le aderenze, al termine del quale il paziente lamenta uno stiramento della struttura nervosa guaribile"*

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione e riassumendo: l'incertezza della scienza medica rivela la intrinseca fragilità²⁵⁹ della figura dell'agente modello ed in particolare la assoluta genericità²⁶⁰ dei parametri su cui si fonda. Lungi dal rivelare una piattaforma precostituita del dovere esigibile, l'agente modello si rivela in altri termini nient'altro che un "criterio

in un tempo superiore a 40 giorni. Il punto è dunque quello di stabilire la causa di una tale lesione: ossia se la si debba addebitare a una negligente manipolazione del chirurgo ovvero ad una fisiologica debolezza del tessuto. Il giudice di primo grado ritiene di aderire alla prima soluzione, condannando quindi il chirurgo per lesioni colpose; e fin qui nulla da rilevare: il fatto è che un tale pronunciamento è stato preceduto, non già dalla individuazione della precisa regola cautelare che il medico avrebbe trasgredito, bensì dal fatto che l'imputato avrebbe 'omesso di adoperare la massima accortezza (quale?) nel manipolare il nervo'; aggiungendo poi che la lesione si sarebbe 'verificata perché era stata esercitata una compressione o trazione eccessiva (rispetto al quale parametro?) del nervo nel corso dell'intervento chirurgico, eccesso assolutamente non motivato da un'esigenza né ordinaria né eccezionale presentatasi durante l'operazione stessa e quindi sicuramente (!) conseguente a una azione negligente o inesperta da parte dell'operatore'. Ecco: questo è un esempio molto nitido di cosa sia la volatilizzazione della regola cautelare, la cui esistenza si pretenderebbe di dimostrare per mezzo di formule linguistiche atte in realtà a rivelare che la negligenza viene presunta dall'evento in sé, e nulla più. Detto ciò, non sorprende che i giudici di appello abbiano ribaltato la decisione di condanna, sottolineando come quest'ultima non fosse supportata dalla benché minima dimostrazione della violazione della regola cautelare, posto che non risultava 'che il chirurgo avesse commesso errori nella scelta dell'opzione chirurgica ovvero in quella del metodo seguito per l'intervento', perché non era da escludere che la lesione dipendesse da 'fattori soggettivi di altro genere particolari e non ragionevolmente prevedibili, come una possibile anomalia congenita della struttura nervosa' (p. 4). A sorprendere è semmai l'atteggiamento assunto nel caso di specie dalla Cassazione, la quale, ergendosi a terzo giudice di merito – atteggiamento questo da cui essa rifugge accuratamente quando si tratti di ribaltare una sentenza di condanna, annulla la decisione di appello perché 'non avrebbe apprezzato e valutato in modo corretto dati di fatto della vicenda' mentre quella di primo grado offre 'un più ampio quadro di disamina di fatto' (p. 5). L'aspetto criticabile di quest'ultima pronuncia non riguarda, beninteso, la soluzione del caso: ché da quanto se ne sa potrebbe anche essere sacrosanta. Il rilievo è tecnico giuridico, posto che si è finito per far prevalere una decisione di condanna a titolo di colpa senza che fosse suffragata dalla precisa indicazione della regola cautelare mortale che il chirurgo avrebbe violato nel manovrare il nervo", La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione, cit., p. 260.

²⁵⁹ Vedi sul punto G. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. M. STILE, Jovene, Napoli, 1989. Cfr. anche V. DE FRANCESCO, il quale ritiene che il "frequente dissolvimento dell'imputazione per colpa dell'imputazione causale dell'evento, operanti nei più svariati settori della responsabilità colposa" sia da attribuire al mancato recepimento della giurisprudenza di una corretta collocazione dell'elemento psicologico. L'autore inoltre sostiene che per favorire un maggiore garantismo in tema di imputazione soggettiva sia necessario "conficcare bene nel fatto dolo e colpa", e quindi accogliere definitivamente anche nella prassi la cosiddetta doppia rilevanza del dolo e della colpa, trasferendo buona parte dell'attuale elemento soggettivo nella tipicità, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 119.

²⁶⁰ Vedi F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1296.

alquanto vago, che si piega ad essere utilizzato sia in senso colpevolista²⁶¹ che innocentista. Una maschera sul volto del giudice. Applicando questo criterio, talvolta solo dalla lettura della sentenza il medico imputato apprende come si sarebbe dovuto comportare. È la sentenza che crea la tipicità della condotta, anziché una fonte esterna alla fattispecie incriminatrice e preesistente ad essa²⁶².

La giurisprudenza, stante l'importanza dei beni giuridici coinvolti, approfitta del vuoto normativo che si viene così a creare per assumere in materia un atteggiamento ispirato al principio di precauzione ed imponendo quindi al medico condotte ultraprudenziali²⁶³ con cui riempire di significato lo specifico agente modello²⁶⁴.

²⁶¹ Vedi F. GIUNTA, per cui *“anche a prescindere dal rischio di forgiare la pretesa diligenza sul parametro estremo dell'esperto universale, è ben vero che nella giurisprudenza la figura dell'agente modello è utilizzata più per affermare la responsabilità colposa che per escluderla, essendo davvero rarissime le sentenze che, in base alla figura dell'agente modello, giungono a negare la tipicità penale. Così facendo la figura dell'agente modello mostra la sua inidoneità a tracciare in modo non preconcepito il discrimine tra fatti colposi tipici e fatti penalmente irrilevanti. Anche il parametro dell'agente modello appare piuttosto un discutibile strumento di politica criminale affidato al giudice, affinché possa agevolmente motivare un'affermazione di responsabilità, già decisa in base ad altri parametri, non ultimo quello che discende da una libera interpretazione del bisogno di pena espresso dal corpo sociale. Questo epilogo non deve sorprendere: a ben vedere, infatti, il parametro dell'agente modello non propone autentiche norme cautelari capaci di integrare e delimitare la tipicità colposa, né sottende una figura sociologica di riferimento, dato che altrimenti, per individuarla, il giudice dovrebbe procedere ad un impraticabile osservazione di intere classi di individui e all'enucleazione di una media comportamentale. Nella sua algida e distaccata dimensione normativa, l'agente modello può esprimere più semplicemente regole c.d. ideali, ovvero regole che riguardano l'essere (diligenti, prudenti, periti, ecc.), non il fare”, La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria, cit., p. 97.*

²⁶² P. PIRAS, *La colpa medica, non solo linee guida*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2011.

²⁶³ Cfr. sul punto V. ATTILI, per cui *“si assiste, in altre parole, ad un mutamento nel linguaggio di una parte della giurisprudenza e della dottrina, con ingresso di nuovi strumenti interpretativi, diretti a fronteggiare la crisi di operatività dell'illecito colposo di evento. L'obiettivo è quello di delineare i contorni di una 'epistemologia dell'incertezza': un'espressione, questa, che suona per certi versi paradossale, ma che in realtà riassume il ricorso a criteri di ricostruzione della realtà secondo parametri deboli, in cui il 'dubbio' sul fondamento scientifico di un'ipotesi si eleva a fulcro dell'illecito penale colposo”, L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?, cit., p. 1242 ss.*

²⁶⁴ Vedi sul punto D. PULITANÒ, secondo cui *“la rilevanza della prevedibilità, ai fini della colpa, trova fondamento nella necessità di evitare slittamenti verso la responsabilità oggettiva, e va accertata con criteri ex ante. È una sottolineatura importante, a fronte del rischio (tutt'altro che teorico) di ricostruzione della colpa col senno di poi, a partire dalla mera verifica dell'evento. la regola deve essere preesistente e riconoscibile come pertinente al caso concreto: è questo un presupposto necessario della responsabilità penale, imposto dai principi garantisti fondamentali: dal principio di colpevolezza quale necessario completamento del principio di legalità. Colpa per il fatto e culpa iuris sono i requisiti minimi della colpevolezza, secondo i principi che la Corte Costituzionale ha additato fin dalla storica sentenza 364/88 (sull'art. 5 c.p.); e la rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza è stata recentemente ribadita in una importante sentenza interpretativa, curiosamente mascherata dal dispositivo di inammissibilità (n. 322/07, sull'art. 609 sexies)”, Colpa ed evoluzione del sapere scientifico, cit., p. 648.*

Le contestazioni che ne derivano si fondano su regole cautelari estremamente generiche²⁶⁵ che, nell'ambito di una prestazione complessa, tendono ad assumere una portata onnicomprensiva.

In questo modo, da un lato viene negata quell'*actio finium regundorum* dello spettro cautelare indispensabile per individualizzare la colpa e quindi lo stesso tipo legale, e dall'altro si esalta l'importanza della posizione di garanzia, con evidente rischio di regredire verso forme di responsabilità oggettiva²⁶⁶.

Un simile modo di procedere si pone in netto contrasto con i tradizionali principi di legalità e colpevolezza che dovrebbero informare il giudizio sulla colpa del medico. Inoltre, questo sacrificio viene compiuto legittimando il ricorso all'approccio precauzionale in un ambito in cui, al contrario ed a parere di chi scrive, non paiono affatto sussisterne i presupposti.

Come visto, infatti, il principio di precauzione rappresenta uno strumento indispensabile in un'ottica finalizzata a bilanciare gli interessi produttivi con i rischi ad essi potenzialmente connessi. Come è stato puntualmente osservato, più esattamente, *“il principio di precauzione risolve l'incertezza della scienza a favore del divieto dell'attività, nella convinzione che in certi settori della vita sociale, stante la rilevanza degli interessi collettivi in gioco, questi deve indurre ad un atteggiamento precauzionale in mancanza di prove scientifiche circa la non dannosità della condotta”*²⁶⁷.

In punto di colpa, il principio di precauzione dovrebbe dunque legittimamente tradursi nella violazione di un generico obbligo di astensione dallo svolgimento di

²⁶⁵ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, quelle richiamate da G. MACCARI e consistenti nell'*“obbligo di adottare misure precauzionali adeguate ad evitare, prevenire o elidere il pericolo insito nell'attività svolta; l'obbligo di evitare di assumere comportamenti o tenere condotte che determinino livelli di rischio non contenibili; l'obbligo di tenere costantemente aggiornata la cartella clinica sulle condizioni del paziente e di effettuare uno studio approfondito del caso concreto; l'obbligo di continuare nella crescita professionale e nello studio clinico, tramite adeguati corsi di aggiornamento; l'obbligo di tenere sempre sotto controllo il paziente e di seguirlo nel suo decorso patologico; ed infine l'obbligo di scegliere in maniera ponderata ed equilibrata i propri assistenti e di controllarne l'operato. Una volta accertata la violazione di una di codeste norme cautelari non scritte, è necessario procedere alla verifica dell'attribuibilità del comportamento al soggetto”*, *Interferenze tra causalità materiale e causalità della colpa nella diagnostica medica*, Nota a Cassazione penale, 5 giugno 2009, n. 38154, sez. IV, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, p. 2575.

²⁶⁶ Vedi sul punto anche G. MACCARI, *Interferenze tra causalità materiale e causalità della colpa nella diagnostica medica*, cit., p. 2578.

²⁶⁷ F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? in margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 157. Cfr. anche C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., p. 1743 ss.

una specifica attività quando chi intende compierla non è in grado di contenerne i rischi. Si tratta, evidentemente, di un principio fondato su una buona dose di buon senso: *“non può negarsi infatti che, a seguito dell'enorme sviluppo delle moderne tecnologie, i coefficienti di pericolo connessi a molte attività non solo sono cresciuti in modo esponenziale, ma riguardano la verifica di pregiudizi straordinari per gravità, diffusione e irreversibilità degli effetti. Il mondo, si osserva, sta diventando esso stesso un grande laboratorio, e la ricerca scientifica tende a perdere quei connotati di diritto individuale soggetto alle sole regole della coscienza. Da qui, dunque, l'esigenza di intervenire sull'insorgere del rischio, stante, in questi casi, la inadeguatezza di una tutela che, per dispiegare i suoi effetti, attendesse l'esistenza di un pericolo reale”*²⁶⁸.

In questo quadro, appare più che legittimo risolvere il bilanciamento degli interessi in gioco allocando la responsabilità penale in capo a chi è consapevole della natura rischiosa di una attività e, ciononostante, decida di svolgerla. La compressione del principio di certezza del diritto, in altri termini, può essere giustificata se rappresenta un costo imprenditoriale che decide consapevolmente di assumersi chi intende svolgere una attività pericolosa: *“nelle materie nelle quali il legislatore non intervenga (o intervenga tardi, o non adegui le norme al mutare delle conoscenze e delle tecniche) l'intervento giurisdizionale (anche penale) è forse inevitabile e probabilmente non incoerente con la funzione di composizione degli interessi assegnata al diritto e con la funzione di tutela di beni fondamentali assegnata al diritto penale. Si tratta evidentemente di un possibile ruolo residuale, che pagherebbe qualche dazio alla certezza del diritto a favore di una maggiore tutela dei beni in contesti di incertezza scientifica. Se ed in che misura valga la pena pagare tale dazio è questione certamente aperta che tocca snodi delicatissimi: il rapporto tra scienza e diritto, tra legislatore e giudice, tra colpa generica e colpa specifica”*²⁶⁹.

²⁶⁸ F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? in margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 157.

²⁶⁹ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., pp. 1743 ss.

Ebbene, se quanto visto fino ad ora può ritenersi pienamente condivisibile, non si capisce davvero in che modo l'approccio precauzionale potrebbe anche solo indirettamente attagliarsi all'ambito della responsabilità medica.

Due, in particolare, le ragioni a sostegno di questa conclusione.

Innanzitutto, il principio di precauzione può svolgere una funzione nella disciplina delle attività produttive stabilendo che negli ambiti di incertezza scientifica l'utilità generata dall'attività svolta debba cedere alla primaria esigenza di tutelare i beni giuridici che potrebbero essere coinvolti dai rischi ad essa connessi.

Per questo, è condivisibile che la responsabilità derivante dalla violazione del principio di precauzione debba essere fatta gravare sul soggetto che, al fine di trarre profitto, ha consapevolmente deciso di avviare l'attività e generare i rischi relativi.

Nell'attività medica, invece, non occorre operare alcun bilanciamento di interessi, perché l'utilità prodotta dal suo svolgimento coincide proprio con l'azzeramento o la riduzione dei rischi già cagionati alla salute umana da fonti ad essa estranee. Non ha dunque alcun senso far gravare sul medico, mediante l'arretramento della soglia della punibilità conseguente all'applicazione del principio di precauzione, le conseguenze derivanti dalla incertezza della scienza.

In secondo luogo, ed in stretta connessione, la fondamentale prescrizione che deriva dall'applicazione del principio di precauzione e consistente nella astensione dell'attività rischiosa è semplicemente inapplicabile all'ambito medico: proprio perché il medico si prefigge lo scopo di risolvere eventi lesivi cagionati prima del suo intervento, infatti, su di lui grava una posizione di garanzia che gli impone di agire e la eventuale violazione di questo dovere è suscettibile di assumere rilevanza penale.

Questo radicale mutamento di prospettiva induce chi scrive a ritenere che la direzione da percorrere per inquadrare giuridicamente il problema sia esattamente opposta a quella assunta dall'indirizzo giurisprudenziale sin qui esaminato: non solo, infatti, deve ritenersi radicalmente esclusa la possibilità di far gravare sul medico le incertezze scientifiche che connotano la sua attività, ma anzi la rilevanza penale di quest'ultima andrebbe limitata alle sole ipotesi in cui l'errore commesso appaia

macroscopicamente evidente²⁷⁰. In cui, cioè, emerga che il medico abbia commesso un errore talmente palese da escludere la permanenza di incertezze circa la sua responsabilità per il fatto commesso e da contraddire in radice, in secondo luogo, il fine terapeutico, curativo, della sua attività.

Su questo specifico punto, però, si tornerà più approfonditamente nei paragrafi successivi.

²⁷⁰ Cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, cit., pp. 1766 e 1767.

CAPITOLO II

1. LA RICERCA DI PARAMETRI NORMATIVI POSITIVI COME POSSIBILE ALTERNATIVA ALL'AGENTE MODELLO

Le considerazioni svolte fino ad ora dovrebbero permettere di giungere alla fondamentale conclusione che i termini di riferimento – diligenza e prevedibilità in particolare – che connotano l'agente modello risultano in ambito medico del tutto insufficienti ad esprimere una reale efficacia selettiva per distinguere le condotte colpose²⁷¹, permettendo al più di giungere alla tautologica conclusione che diligente è l'agente modello diligente²⁷².

L'agente modello, in altre parole, appare in ambito medico un parametro normativo inadeguato²⁷³ per la assenza di criteri certi, oggettivi e dunque idonei alla definizione

²⁷¹ Vedi F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1295. Cfr. in particolare il passaggio in cui si precisa come “a fronte della funzione di monito, di richiamo dell'attenzione sui coefficienti di pericolo insiti nell'attività intrapresa, la prevedibilità individuale non è in grado di svolgere un ruolo di orientamento comportamentale, sufficientemente univoco ed adeguato alle esigenze imputative del diritto penale. In particolare, il criterio della prevedibilità non soltanto non riesce a contenere l'area degli accadimenti evitabili e dunque ascrivibili, ma finisce anzi per dilatarla oltre misura, specie ove lo si forgi in base alle capacità previsionali della migliore scienza ed esperienza. Se si ritiene che il giudizio di prevedibilità non debba solamente accompagnare lo svolgimento dell'attività pericolosa, ma debba altresì presiedere alla decisione di intraprenderla o meno, ci si avvede poi come l'adozione del criterio della prevedibilità rischi di risolversi in una forte compressione dei diritti di libertà. Una conclusione, questa, addirittura inevitabile una volta che si aderisca all'opinione secondo cui l'adempimento del dovere di diligenza non mira tanto a contenere i rischi dell'attività pericolosa, quanto a eliminarli del tutto”. Vedi sul punto anche F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3 edizione, CEDAM, Padova, 1992, p. 343.

²⁷² Cfr. sul punto M. CAPUTO, secondi cui occorre “comprimere la creatività del giudice che, nella definizione del comportamento diligente, prudente e perito, suole rifarsi all'artificioso modello... dell'agente modello. Accusato di essere una figura sfuggente e irraggiungibile, l'agente modello in medicina è stato considerato alla stregua di un cavallo di Troia che assale il castello della riserva di legge, consegnando di fatto al giudice le chiavi della fattispecie colposa, aperta a etero-integrazioni propiziate dall'aleatorietà che circonda le nozioni costitutive del rimprovero per colpa generica”, “Filo D'Arianna” o “flauto magico”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

²⁷³ Cfr. P. PIRAS, secondo cui “di fatto, sia il criterio dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* che quello della prevedibilità non forniscono risposte esaurienti alla richiesta di maggiore tipicità in tema di reato colposo. Come anticipato, nel diritto penale della medicina queste problematiche risultano particolarmente accentuate. La figura astratta del medico modello è infatti sfuggente, impalpabile, irraggiungibile. La sua individuazione è affidata in maniera quasi esclusiva a contestate relazioni dei periti e dei consulenti di parte. In tutto questo il giudice pare arbitro di una disputa dove a prevalere sono spesso il prestigio e la persuasività dell'esperto, piuttosto che la correttezza scientifica delle sue argomentazioni”, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., p. 286.

in un'ottica *ex ante* della condotta doverosa, rendendo così estremamente problematica la compatibilità costituzionale della colpa medica sia sotto il profilo sostanziale, che processuale.

La necessità di conformare l'idealtipo del reato colposo agli irrinunciabili principi di tassatività e di determinatezza²⁷⁴ impone dunque di spostare integralmente l'analisi del giudizio colposo dall'anacronistico agente modello alla ricerca di parametri criteriologici oggettivi²⁷⁵ che possano tracciare già al momento del fatto una linea di confine tra la condotta lecita e quella da ritenere colposa in quella specifica

²⁷⁴ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 160.

²⁷⁵ Vedi F. GIUNTA, per cui "l'attenzione per la legalità della colpa ha reso palese il vuoto di positività che caratterizza la colpa generica e, soprattutto, le implicazioni negative che ne discendono sul versante della determinatezza dei reati colposi. Per ovviare a quest'ultimo inconveniente parte della dottrina tedesca ha ritenuto di elaborare una complessa criteriologia finalizzata a declinare il requisito dell'*Anlass* (ossia della percepibilità della situazione di pericolo), in modo da rendere preventivamente l'esito del giudizio di responsabilità colposa. Questo schema di ragionamento, sebbene miri a vincolare la discrezionalità del giudice, non incrementa per contro la determinatezza della responsabilità sotto il profilo della regola di condotta cui deve attenersi il cittadino. Detti criteri, infatti, si dirigono esclusivamente al giudice quali strumenti diagnostici della colpa. Non a caso è stato osservato che in fondo questa impostazione propone una moderna lettura della colpa basata sulla psicologia della percezione, la quale, mentre consente di individuare quando e a quali condizioni l'agente avrebbe dovuto rendersi conto della situazione di pericolo, non contribuisce a specificare, specie in assenza di cautele positivizzate, a quali regole di comportamento avrebbe dovuto attenersi l'agente che avesse percepito correttamente i fattori di rischio della sua condotta. Com'è evidente, il problema più avvertito è costituito oggi dalla tendenziale indeterminatezza della colpa generica. Così, mentre in passato, quando la positivizzazione delle cautele era un fenomeno marginale, la dottrina prevalente si sforzava di omologare la colpa per inosservanza di legge alla colpa generica (ritenendo che anche l'essenza della prima risiedesse essenzialmente nella prevedibilità/evitabilità dell'evento), oggi, in presenza di regolamentazioni precauzionali minute e dettagliate sempre più frequenti, si avverte la necessità di ricostruire la colpa generica alla stregua dei migliori standard di tipicità cui può pervenire la colpa specifica quando la fattispecie colposa è integrata da una regola cautelare determinata sotto il profilo della condotta e del suo presupposto di operatività. Da qui le riserve che sono state avanzate in relazione all'eccessiva elasticità del principale parametro di modulazione del dovere di diligenza nella colpa generica. Il riferimento è da intendersi alla figura dell'agente modello, che finisce per allargare eccessivamente il raggio di azione del dovere di diligenza e la circonferenza della responsabilità colposa. Del resto una delle ragioni di apprezzamento della figura del *bonus pater familiae*, che è l'ascendente diretto dell'agente modello, risiede non a caso nella indeterminatezza degli standard valutativi di riferimento, propria delle strutture elastiche del diritto. Da qui, e coerentemente, la comprensibile opposizione – ma con riferimento precipuo alla diversa struttura e funzione della responsabilità civile – a quelle letture delle clausole generali, ivi comprese le nozioni di diligenza e perizia, che puntino a ricondurle entro schemi di normalità statistica, tali da frustrare la duttilità applicativa di dette regole aperte. Senonché nel diritto penale questa impostazione del dovere di diligenza, che ha incontrato oppositori pure nel settore civilistico, va ribaltata, per l'importanza prioritaria e assorbente che riveste l'istanza di certezza. Quest'ultima viene perseguita anche a discapito della completezza della tutela (principio di frammentarietà). Si tratta di una scelta ideologica: il nostro sistema, seguendo una tradizione oramai risalente e diffusa, ha subordinato chiaramente la tutela penale alla legalità, quale valore prioritario", *La legalità della colpa*, cit., p. 164. Vedi sul punto anche A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit.

situazione in quanto prevedibilmente orientata a produrre proprio quell'evento dannoso che si è poi concretamente verificato.

La seconda parte del presente capitolo si propone dunque di indagare l'esistenza di strumenti che integrino il precetto colposo con *componenti normative positivizzate* già al momento della scelta terapeutica e permettano così al medico di decifrare immediatamente la regola cautelare idonea a disciplinare il caso sottoposto alla sua attenzione ad al giudice, successivamente, di fondare il giudizio colposo su un parametro oggettivo che metta al riparo “*dall'inquinamento di fattori emotivi*”²⁷⁶ ed assicuri “*un riscontro imparziale della regiudicanda rispetto agli interessi delle parti*”²⁷⁷.

Si tratta, del resto, di un percorso che, pur con le svariate difficoltà che si avrà modo di affrontare nei prossimi paragrafi, è stato già parzialmente intrapreso in dottrina e giurisprudenza. Come è stato osservato, infatti, in materia “*si assiste ad una progressiva normativizzazione*”²⁷⁸ ed *obiettivizzazione dei criteri di determinazione del parametro comportamentale cui raffrontare il comportamento concreto del singolo medico o sanitario: anziché riferirsi prevalentemente ad un giudizio di prevedibilità o di riconoscibilità dei fattori patogeni o rischiosi, emesso sulla base dell'agente modello posto nella medesima situazione dell'agente concreto, il paradigma deontico si vale di fonti, seppur extralegali, di portata più generale per la conoscenza e ricostruzione della condotta conforme alle *leges artis**”²⁷⁹.

Il tema, come si può immaginare, non è di poco conto.

²⁷⁶ M. CAPUTO, “*Filo D'Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 1.

²⁷⁹ F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, cit., p. 1229. Interessanti sono anche le considerazioni che seguono, in cui si specifica che “*per percepire chiaramente questa sorta di paradosso, si pensi alla differenza che esiste con le regole cautelari relative alla circolazione stradale oppure alla sicurezza del lavoro. Anche rispetto a questi due campi di attività si assiste ad un fenomeno apparentemente contraddittorio: da un lato, il legislatore standardizza sempre più le regole cautelari; dall'altro, la giurisprudenza "si riserva" sempre la possibilità di fondare una colpa stradale o una colpa dell'imprenditore sulla violazione di regole non scritte, modellate sulle peculiarità del caso concreto. Ma in materia di sicurezza stradale o del lavoro è socialmente "naturale" la contrapposizione tra la giurisprudenza favorevole alle regole aperte in funzione di maggior tutela, da un lato; e gli utenti stradali e gli imprenditori contrari alle regole aperte, in quanto queste ultime dilatano senza certezza l'area della loro responsabilità. In campo medico, invece, medici e giudici sono entrambi inclini alle regole aperte in vista di una migliore tutela della salute dei pazienti*”.

Facendo leva sulla funzione integratrice del precetto che assume, in quest'ottica, la regola cautelare, una parte della dottrina non si è limitata a richiamarne la connessa funzione tipizzatrice, ma ne ha fatto derivare importanti ricadute metodologiche: *“anticipata sul versante oggettivo, come chiamata a chiudere la fattispecie colposa lasciata aperta dal legislatore – si è infatti osservato – la regola cautelare non potrebbe sottrarsi all'influenza operativa di quei principi che, per imperativo costituzionale, si riversano sulla norma penale eterointegrata. È la loro identità funzionale che lo impone, posto che se le regole cautelari unitamente alla norma penale servono a delimitare l'area del lecito da quella dell'illecito, ne viene che il loro statuto giuridico non può essere differente. Se, come si è avuto modo di precisare fino ad ora, il parametro comportamentale assolve alla funzione sostanziale di tipizzare la condotta illecita tracciando il confine tra le condotte che in quella determinata situazione potevano essere considerate lecite e quelle che invece, risultando estranee alle prescrizioni della regola cautelare, devono essere considerate colpose, allora il parametro comportamentale deve rispondere a tutti i requisiti tipici della norma penale: deve quindi essere determinato, perché la norma incriminatrice non può che essere determinata. Deve essere acquisibile ex ante perché il precetto penale dev'essere conoscibile ex ante. Deve essere immune da operazioni di creazioni processuali, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, e vi si deve anzi sottomettere. Non può essere applicato retroattivamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda”*²⁸⁰.

²⁸⁰ D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, cit., p. 173. Si confrontino sul punto anche G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 1 e le osservazioni di T. CAMPANA, secondo cui *“la nozione di discipline di cui all'art. 43 c.p. potrebbe ricomprendere, secondo l'opinione di alcuni autori, anche le linee guida che diventerebbero, in tal modo, lo strumento per indirizzare l'attività medica, al fine di assicurare uno standard di assistenza adeguato. Il corollario di questa nuova impostazione sarebbe il passaggio dalla colpa generica alla colpa specifica del medico che si è discostato dalle prescrizioni in esse contenute. Seguendo questa strada, si arriverebbe quindi ad una sorta di normativizzazione della colpa, attraverso la standardizzazione della regola cautelare perseguendo l'obiettivo di giungere ad elaborare uno schema ideale di comportamento clinico utile in sede giurisdizionale nel contesto del processo di identificazione della responsabilità colposa del medico che le ha disattese. I fattori principali che premono nel senso della standardizzazione sono diversi e possono essere individuati, in primis, nell'esigenza di sopperire all'eccessiva aleatorietà dei concetti di diligenza, prudenza e perizia, rispetto ai quali il giudice è chiamato non solo a valutare la conformità della condotta del medico alla norma generale ed astratta, ma a definire ex ante il comportamento diligente, prudente e*

Se una simile conclusione, spostando l'intero ambito della colpa medica in quello della colpa specifica, risulterebbe risolutiva, in ambito medico se ne deve però sin d'ora sottolineare l'impostazione forse semplicistica: la automatica individuazione e trasposizione delle regole cautelari che connotano il precetto colposo, infatti, in tema di responsabilità del sanitario risulta fortemente criticata da quella parte della dottrina, della giurisprudenza e della stessa classe medica che sottolinea l'importanza di evitare meccanici irrigidimenti²⁸¹ di una “attività caratterizzata da procedure, di

perito, quasi sostituendosi al legislatore. Va segnalato inoltre, l'ulteriore rischio connesso al deficit di standardizzazione, che è quello di fondare la colpa medica sulla violazione di regole aperte, determinando da un lato, una eccessiva dilatazione del contenzioso medico-legale e violando dall'altro, il principio di tipicità della fattispecie di reato. Secondo questa prospettiva l'utilizzo corretto delle linee guida potrebbe contribuire a ridurre il margine di incertezza a cui il medico è esposto, fornendo maggiore determinatezza alla fattispecie colposa e renderebbe più agevole il compito del giudice di ricostruzione del nesso causale e di valutazione della colpa professionale, il tutto a discapito del parametro, spesso troppo vago, dell'agente modello. Il medico avrebbe così, la possibilità di conoscere prima della commissione del fatto la condotta, commissiva o omissiva, che potrebbe essere sanzionata penalmente, laddove invece, con il ricorso al parametro dell'agente modello, il medico viene spesso a conoscenza della condotta doverosa - la cui osservanza sarebbe valsa a scongiurare il rischio di eventuali responsabilità - in un momento successivo. Allo stesso modo, la cristallizzazione delle regole cautelari consentirebbe di arginare il problema di un eccesso di deleghe, da parte dei giudici, ai consulenti al fine di individuare il modello di perizia e diligenza al quale far riferimento in sede processuale”, T. CAMPANA, La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico, cit., p. 547. Si veda sul punto anche F. GIUNTA, secondo cui “si comprende allora che la integrazione della tipicità colposa debba avvenire nel rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari. In particolare, i principi della riserva di legge e di determinatezza impongono di approfondire il problema delle fonti della regola cautelare e di affinare i criteri necessari alla individuazione del comportamento conforme diligenza. In vero, proprio perché destinata, al pari degli altri elementi del fatto colposo, alla integrazione della fattispecie colposa, la individuazione della regola cautelare non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziali, ma deve risultare predefinita e riconoscibile ex ante dell'agente quale regola comportamentale astratta. Dal punto di vista metodologico, ne consegue che l'accertamento della colpa del fatto tipico, comprensivo ovviamente della regola cautelare astratta e impersonale, deve precedere quello della colpa del fatto storico, ovvero del comportamento negligente tenuto dall'agente concreto. Così, se si vuol affermare correttamente la sussistenza della tipicità colposa di contrastare l'odierna tendenza fondare giudizi di responsabilità sulla violazione di regole cautelari di produzione meramente giudiziale, interprete tenuto in via assolutamente preliminare a individuare l'esistenza della norma cautelare attraverso la sua fonte di produzione, ovvero la disponibilità della regola quale presupposto della sua dolorosità”, La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica, cit., p. 91.

²⁸¹ D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 962. Interessante è il passaggio in cui si precisa come “il riferimento imprescindibile per la definizione della regola cautelare che deve presiedere al giudizio di colpa generica rimane certamente la figura dell'agente modello. In effetti, in giurisprudenza si fa precedere la definizione del contenuto della condotta doverosa al richiamo dei due poli di fonti che le individuano e la segnalano: le due espressioni latine della *lex artis* e dell'*ho eiusdem conditionis et professionis operano*, in questo richiamo prodromico, come una in via di inscindibile. La figura in questione è da lungo tempo un *topos* entro il quale si misurano le tensioni tra l'aspetto normativo deontologico (la violazione della regola) e quello normativo psicologico (la rappresentabilità prevedibilità del fatto o dell'evento) che agitano il momento *ex ante* della colpa”. Cfr anche Cass. Pen., 2 luglio 2002, n. 31452, in CED Cass., n. 222309, in cui si sottolinea come “in tema di accertamento della colpa, il medico è tenuto ad osservare le *leges artis* universalmente riconosciute anche quando compie un'attività definita come

*per se stesse spesso rischiose, rivolte a persone a rischio, la quale nonostante poggi su basi scientifiche, pur sempre si avvale inevitabilmente di un empirismo modulato su ogni singolo caso: dove le interazioni tra la malattia, il malato ed il trattamento sono complesse e dinamiche*²⁸².

Per questo, e dunque in frontale contrapposizione all'impostazione appena esaminata, si è proposto di utilizzare le norme cautelari positivizzate al più come semplice spunto per una più complessa elaborazione del giudizio colposo inquadrabile sempre e comunque entro le coordinate della colpa generica.

Come si vede, la causa delle divergenze si annida nel rapporto di tensione tra un nucleo centrale di informazioni suscettibili di essere standardizzate in regole cautelari scritte, o comunque positivizzate, e dunque idonee in quanto tali a prescrivere in modo certo una gamma di condotte finalizzate ad evitare una altrettanto certa gamma di eventi, ed un universo di valutazioni ulteriori e mutevoli che possono essere aggiunte alle prime per precisarle oppure smentirle alla luce delle specifiche caratteristiche del caso di specie.

In termini giuridici, alla difficoltà interpretativa di indagare l'esistenza di regole cautelari effettivamente idonee a rappresentare standard comportamentali a cui parametrare il giudizio colposo, si aggiunge la necessità di valutare il ruolo a cui questi potrebbero ambire.

Più precisamente, si tratta di capire se le regole cautelari in parola permettano alla colpa medica di spostare il baricentro dall'incerto campo della colpa generica a quello ben più concreto, ma limitante, della colpa specifica, oppure possano più

rischiosa, configurandosi altrimenti una colpevole imperizia". Fa espresso riferimento all'agente modello come criterio di imputazione soggettiva, ma pur sempre per ricostruire la cautela da osservarsi, Cass. Pen., 17 maggio 2006, n. 4675, in CED Cass., n. 235659, secondo la quale "*in tema di delitti colposi, per verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo occorre accertare con valutazione ex ante la prevedibilità dell'evento, giacché non può essere addebitato all'agente modello di non avere previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere, configurandosi, diversamente opinando, una forma di responsabilità oggettiva*". In altri casi le *leges artis* paiono richiamate come criterio per il giudizio concernente l'elemento della violazione della regola cautelare, mentre il parametro dell'agente modello viene richiamato in relazione alla prevedibilità dell'evento, ma è comunque richiesta la congiunta prova di entrambi i profili che infatti sembrano peraltro sovrapporsi; si veda Cass. Pen., 9 luglio 2003, n. 37473, in CED Cass., n. 225958, per la quale "*la colpa professionale del medico ha come caratteristica l'inosservanza di regole di condotta, le leges artis, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito, vale a dire l'aumento del rischio. La prevedibilità consiste nella possibilità di prevedere l'evento che conseguirebbe al rischio non consentito e deve essere commisurata al parametro del modello di agente, dell'homo eiusdem professionis et condicionis, arricchito dalle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto*".

²⁸² A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., p. 305.

modestamente rappresentare dei parametri utili, ma non vincolanti, rimettendo così sempre e comunque al giudice il vaglio della regola cautelare positivizzata alla luce delle ulteriori considerazioni atipiche che possono essere formulate in relazione alla specifica situazione.

Come si vedrà nella parte conclusiva del presente lavoro, il recente legislatore ha cercato di individuare una soluzione di compromesso ai problemi appena analizzati, stabilendo che la condotta conforme ad specifiche tipologie di fonti cautelari positive è idonea ad escludere la responsabilità penale del medico nei casi di colpa lieve²⁸³. Nonostante le buone intenzioni perseguite, ed in particolare l'obiettivo esplicito di valorizzare le regole cautelari positivizzate rispetto alle molte variabili disponibili per definire lo *standard* di diligenza a cui parametrare la condotta concretamente tenuta dal soggetto agente, la specifica soluzione congeniata è però suscettibile di generare forse più problemi di quanti ne volesse risolvere.

Vista la delicatezza dei temi trattati, appare opportuno procedere con ordine ed analizzarne uno ad uno gli specifici profili.

1.1. LE REGOLE CAUTELARI POSITIVE

In ambito medico è difficile rinvenire ipotesi di colpa tecnicamente riconducibili alla violazione di legge, a meno che non ci si riferisca a clausole generali che disciplinano il rapporto obbligatorio tra il paziente e il professionista, o tra il primo e la struttura a cui appartiene il secondo (si pensi, per esempio, alle norme di cui all'articolo 1218 c.c. relativa alle qualità della prestazione).

Le poche norme di legge utili a fornire criteri e parametri cautelari aventi natura generale e astratta sono specificamente rivolte a disciplinare settori speciali e dunque insuscettibili di essere inquadrati in una normativa onnicomprensiva e pervasiva di

²⁸³ Cfr. l. 8 novembre 2012 n. 189, art. 3 c. I, la cui disposizione recita nei seguenti termini: *“l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

ogni settore. Le disposizioni generali stabilite dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale e dai successivi interventi sulla organizzazione ospedaliera, infatti, hanno rilievo solo indiretto in tema di colpa perché le norme da essa ricavabili, potenzialmente richiamate nell'ambito del giudizio di tipicità penale, riguardano il riparto di competenze tra le diverse figure professionali del personale medico. Hanno ad oggetto, pertanto, la ripartizione del rischio oggettivo di cui ciascun operatore può essere chiamato a rispondere in caso di violazione di una regola cautelare che, dunque, non è in essi ricompresa.

Maggiore rilevanza sta acquisendo – seppure, come si vedrà, in modo estremamente problematico – la colpa per inosservanza di *discipline*: una parte della dottrina intende infatti ricondurre in quest'ambito²⁸⁴, in generale riservato a fonti sub legislative o private di carattere normativo e dal contenuto pertanto generale e astratto, una serie non sempre ben definita di fonti extralegali prodotte in campo medico e riconducibili in quattro categorie: i codici di buone prassi, i codici deontologici, le linee guida ed i protocolli medici.

I primi due assumono una connotazione più etica e sociale che tecnico strumentale: possono, cioè, contribuire alla definizione della linea di confine tra il trattamento medico arbitrario e quello lecito, nella misura in cui definiscono il corretto comportamento del medico nella instaurazione e nella prosecuzione di quella alleanza terapeutica con il paziente la cui sussistenza e persistenza pare essenziale alla giustificazione dell'attività sanitaria.

Le linee guida ed i protocolli, invece, assolvono la specifica funzione di definire una regola cautelare, seppure, come vedremo, in modo non sempre lineare.

Data la preponderanza di queste ultime due fonti rispetto alle prime nella disciplina dello standard cautelare²⁸⁵, ed il loro più frequente richiamo nelle relative valutazioni giudiziali, si ritiene opportuno concentrare l'attenzione esclusivamente su di esse.

²⁸⁴ Cfr. sul punto G. MARTIELLO, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 325.

²⁸⁵ Cfr., a mero titolo esemplificativo, D. CASTRONUOVO, per cui “tra le fonti extralegislative, possibilmente richiamabili quali cristallizzazione delle regole dell’arte, quelle maggiormente interessanti dal punto di vista della concretizzazione dell’elemento normativo della colpa oggettiva paiono le prescrizioni contenute nelle linee guida e nei protocolli”, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., pp. 972.

1.2. LINEE GUIDA E PROTOCOLLI

Riconducibili nella categoria delle fonti extra legislative e richiamabili quali cristallizzazioni delle regole dell'arte, linee guida²⁸⁶ e protocolli si differenziano sotto il profilo della specificità dei contenuti: le prime²⁸⁷, ritenute al momento le fonti cautelari più significative per rilevanza pratica²⁸⁸ e frequenza giurisprudenziale, sono redatte da autorevoli fonti scientifiche – non di rado comitati costituiti *ad hoc* – e definiscono direttive generali per il compimento di una determinata operazione o per

²⁸⁶ G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 1.

²⁸⁷ Una approfondita panoramica di linee guida attualmente disponibili in ambito medico è offerta dal sito www.agenas.it tenuto dall'omonima agenzia (Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali), ed in cui si possono agevolmente leggere le svariate prescrizioni in materia, per esempio, di “Cefalee nell'adulto”, “Broncopneumopatia Cronica Ostruttiva”, “Trattamento del trauma cranico minore e severo”, “Screening, diagnosi precoce e trattamento multidisciplinare del cancro del colon-retto”, “Diagnostica per immagini”, “Raccomandazioni mediche per la donna in menopausa”, “Cardiologia riabilitativa e prevenzione secondaria delle malattie cardiovascolari”, “Diagnostica clinica di laboratorio: rischio cardiovascolare globale; sindromi coronariche; scompenso cardiaco”, “Carcinoma prostatico”, “Insufficienza cardiaca”, “Tiroide e gravidanza”, “La conduzione di sperimentazioni cliniche in pediatria di base”, “Valutazione pre-operatoria del paziente da sottoporre a chirurgia elettiva”, “Nutrizione artificiale domiciliare”. Cfr. sul punto anche D. CASTRONUOVO, secondo cui “*le norme a contenuto deontologico contengono per lo più modalità comportamentali rispondenti ad esigenze di tipo etico sociale, piuttosto che di natura tecnico strumentale: possono contribuire più alla definizione della linea di confine tra il trattamento medico arbitrario e quello lecito, nella misura in cui definiscono il corretto comportamento del medico nell'instaurazione e nella prosecuzione di quella 'alleanza terapeutica con il paziente' la cui sussistenza e persistenza pare essenziale alla giustificazione dell'intervento medico; definiscono, perciò, come meta norme, i limiti del rischio lecito rispetto alle fattispecie penali potenzialmente implicate da un atto arbitrario del medico (ovvero concretizzano i limiti del consenso scriminante o dell'adempimento del dovere di cura, secondo altre impostazioni). Le linee guida possono, invece, distinguersi dai protocolli, non tanto sotto il profilo dello scopo, quanto sotto quello della specificità dei contenuti: le prime definiscono direttive generali per il compimento di una determinata operazione o per la conduzione di una determinata tipologia di atto diagnostico o terapeutico; i protocolli sono, invece, una specificazione analitica delle stesse linee guida, indicando partitamente sequenze di comportamento ben definiti da tenere in una attività diagnostica o terapeutica*”, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., pp. 972.

²⁸⁸ Cfr. sul punto P. PIRAS, secondo cui “*le linee guida rappresentano uno dei canali attraverso i quali vengono portati all'attenzione dei sanitari i frutti della evidence based medicine. Con tale espressione si fa riferimento a quel nucleo di idee secondo il quale le decisioni cliniche dovrebbero essere il risultato dell'integrazione dell'esperienza del medico con l'utilizzo ponderato e giudizioso delle migliori evidenze scientifiche disponibili. L'obiettivo che persegue l'evidence based medicine è quello di stimolare i sanitari ad abbandonare l'approccio paternalistico individualistico che contraddistingue gli attuali rapporti medico paziente. Da quanto detto, si comprende agevolmente che le linee guida sono uno strumento recente, certamente innovativo, capace di segnare una svolta nel modo di concepire la medicina e in grado di colmare le gravi lacune che contraddistinguono alcuni settori del nostro ordinamento giuridico nel vasto campo medico legale. Scorrendo le principali definizioni della dottrina, è agevole rendersi conto che gli studiosi concordano nel considerare le linee guida come un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base della migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico da società scientifiche di prestigio internazionale. Esse nascono per agevolare i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più adeguate a fronte di determinati quadri patologici*”, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., pp. 289 ss.

la conduzione di una determinata tipologia di atto diagnostico o terapeutico, agevolando così le decisioni del medico all'adozione delle procedure ritenute efficaci alla luce delle conoscenze tecnico scientifiche del momento.

Mutuando la definizione più tecnica che di esse ha dato l'*Institute of Medicine* statunitense, le linee guida possono quindi essere definite come raccomandazioni di comportamento clinico elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche.

I protocolli, invece, sono una specificazione analitica delle prime ed indicano partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in un'attività diagnostica o terapeutica.

Analizziamo distintamente ciascuna fonte.

1.2.1. LE LINEE GUIDA

La pur sommaria definizione delle linee guida offerta nel paragrafo precedente dovrebbe permettere di coglierne le potenzialità orientative per l'operatore sanitario e, conseguentemente, per il giudice²⁸⁹: rappresentando la fonte di informazione più rispettata, di migliore qualità²⁹⁰, più facile da usare e più aggiornata tra quelle attualmente disponibili, infatti, le linee guida possono legittimamente assumere per il primo la fonte codificata²⁹¹ di un sapere medico che permetta di sciogliere un dilemma diagnostico e terapeutico in una prospettiva *ex ante*, e per il secondo il parametro prestabilito di selezione ed accertamento *ex post* della condotta doverosa²⁹².

²⁸⁹ Cfr. Cass., sez. I, 13 marzo 2009, n. 11259.

²⁹⁰ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 160.

²⁹¹ Cfr. Corte Cost. 26 giugno 2022, n. 282 e Corte Cost. 14 novembre 2003, n. 338.

²⁹² Un ulteriore e sottolineato vantaggio attiene al rapporto medico paziente e medico struttura sanitaria: anche i più accaniti detrattori, infatti, convengono sul fatto che le linee guida rappresentino un'opportunità per migliorare la qualità dell'assistenza. La loro adozione contribuisce a definire e ottimizzare i processi di cura e a pianificare i relativi investimenti, riducendo le disuguaglianze nell'allocazione dei servizi. Inoltre, i professionisti possono contare su uno strumento di educazione medica continua, di miglioramento del rapporto con i cittadini-pazienti e di tutela rispetto ai rischi professionali, mentre l'utenza ottiene una informazione convincente circa i ragionamenti scientifici a sostegno dei trattamenti ricevuti.

La fattispecie colposa, “*la cui condotta tipica è in definitiva interamente racchiusa nella regola cautelare*”²⁹³, può così finalmente riempirsi di significato: “*le linee guida – si è infatti osservato – recuperano quella determinatezza che invece viene sacrificata individuando la regola cautelare con un altro criterio, spesso utilizzato in giurisprudenza: l’agente modello, nel settore che qui interessa, il medico modello*”²⁹⁴.

Si comprende, allora, come l’ingresso delle linee guida nel dibattito sui criteri ai quali ancorare la valutazione della condotta colposa abbia sospinto verso una loro decisa promozione “*nell’ottica di un progressivo ridimensionamento dei margini di azione dell’imperizia, e del parametro dell’agente modello, a tutto vantaggio della certezza del diritto e della determinatezza della fattispecie, da acquisire per il mezzo di comandi e divieti di natura cautelare contenuti in testi normativi codificati, ritenuti fonti di completamento della fattispecie colposa sottratte al potere discrezionale del giudice e rispettose della riserva di legge*”²⁹⁵.

L’ipotesi sottesa al ricorso alle linee guida quale *standard* valutativo della condotta del medico è chiara²⁹⁶: “*in tal modo – si è infatti precisato – il giudice disporrebbe di una regola cautelare certa, formata anteriormente al giudizio da società scientifiche di riconosciuta fama e affidabilità. E da tale regola di condotta dovrà prendere le mosse l’interprete nel processo di identificazione della colpa, valutando gli eventuali scostamenti che possono essersi verificati nel caso concreto*”²⁹⁷.

L’ottimismo che, come è evidente, instillano le linee guida nella soluzione di tutti i problemi analizzati fino a ora in punto di colpa raggiunge però la vetta più alta passando ad analizzare i protocolli operativi ed in particolare la sottocategoria delle *checklist*.

²⁹³ P. PIRAS, *La colpa medica, non solo linee guida*, cit.

²⁹⁴ P. PIRAS, *La colpa medica, non solo linee guida*, cit. Cfr. anche P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., p. 289.

²⁹⁵ M. CAPUTO, “*Filo D’Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

²⁹⁶ Vedi sul punto anche P. PIRAS, per cui “*ancorché carente di efficacia erga omnes, la positivizzazione dei più accreditati protocolli terapeutici non può che essere valutata in modo positivo, vuoi perché ne rafforza la conoscenza tra gli operatori, vuoi perché semplifica la ricognizione giudiziale del modello cautelare doveroso, contenendo la residuale tendenza ad affidarsi alla prevedibilità quale criterio di definizione della tipicità colposa*”, *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., p. 286.

²⁹⁷ M. CAPUTO, “*Filo D’Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

1.2.2. I PROTOCOLLI E LE CHECKLISTS

Diversamente dalle linee guida²⁹⁸, i protocolli e le *checklist* sono schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una situazione specifica. Nella scala di vincolatività del sapere medico codificato, i protocolli vanno applicati in modo tassativo, senza possibilità di discostarsene se non a determinate condizioni. La sottocategoria delle *checklist*, invece, è elaborata sulla base dell'esperienza e della letteratura scientifica e rappresentata da liste o schemi di controllo che si prefiggono di definire gli errori generati dalla complessità crescente dell'*ars medica*²⁹⁹ prescrivendo una serie di adempimenti necessari e sistematici, ciascuno dei quali va eseguito e "spuntato" dalla lista prima di procedere al compimento del successivo. In una logica di prevenzione dei rischi, si ritiene che la gestione della sicurezza dei pazienti possa attuarsi solo se la sequenza standardizzata delle azioni codificate nella *checklist* sia applicata senza deviazioni, perché queste possono determinare l'insorgenza di pericoli³⁰⁰. Se una verifica non ha avuto luogo, o se ha prodotto un

²⁹⁸ Cfr. G. MARTIELLO, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, cit., p. 347.

²⁹⁹ Si deve ad Atul Gawande, un medico indiano che lavora per l'Organizzazione Mondiale della Sanità, la forte spinta all'impiego di questi protocolli all'interno delle sale operatorie.

³⁰⁰ Cfr. sul punto l'approfondimento di M. CAPUTO, "*Filo D'Arianna*" o "*flauto magico*"?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit. Particolarmente interessante il seguente passaggio: "*La checklist, nel "plastificare" una distribuzione delle attività e dei controlli fra i diversi operatori sanitari, fornisce un substrato regolativo all'operatività del principio di affidamento in contesti di équipe, restituendo per via "normativa" al Vertrauensgrundsatz l'originario compito di delimitazione dell'obbligo di diligenza. Verrebbe così ridimensionato fortemente quel generico, astratto e onnicomprensivo dovere di vigilanza di cui è investito il superiore gerarchico e che, attraverso una discutibile dilatazione applicativa dell'art. 113 c.p., ha dato vita a una temibile responsabilità da posizione di stampo verticale, quando non a ipotesi di responsabilità per fatto altrui. Assecondando cadenze già note all'attiguo comparto del diritto penale del lavoro, si assiste così alla creazione di un'inattigibile posizione di garanzia, cui fa da pendant una "risalita" della colpa verso i ruoli apicali che svuota di significato il concetto stesso di divisione del lavoro. L'attivazione della checklist consente al capo-équipe, sia costui il primario o altro soggetto "più alto in grado", di concentrarsi sulla propria prestazione e di riappropriarsi della fiducia dei colleghi, destinata a venire meno solo in quelle situazioni in cui la manifestazione dell'errore non sia eludibile, neppure dal non specialista. Ne discende l'auspicio per un diverso approccio giudiziale, che porti a distinguere le "cautele operative", proprie dell'esercizio dell'attività specialistica del singolo medico o infermiere, dalle "cautele organizzative" che devono connotare l'operato di chi sia titolare delle funzioni di guida di un'équipe multidisciplinare. Nei confronti dei soggetti che ricoprono posizioni di vertice all'interno di una sala operatoria, sarà pertanto necessario abbandonare l'affermazione di un aereo obbligo di vigilanza per cimentarsi con la prova dell'inadempimento di un concreto ed esigibile obbligo di corretta organizzazione dei controlli: adozione e messa in atto della checklist*

risultato di segno negativo nel senso che l'azione non è stata eseguita secondo la procedura corretta, non si può proseguire alla fase seguente. In senso tecnico si può dire che le *checklist* rappresentino sequenze o programmi cautelari, in cui alloggiando cautele di natura modale e strumentale, la cui violazione può dar vita a ipotesi di c.d. colpa procedurale o protocollare. Per questo, sono pacificamente ascrivibili alla categoria delle discipline che fonda la colpa specifica.

I protocolli, e le *checklist* in particolare, nascono dai fallimenti derivanti dalle difficoltà nella gestione in tempi contenuti di una massa eccessiva di nozioni.

La natura innovativa delle *checklist* si sostanzia proprio in questa coppia di consapevolezza: per un verso, la natura indomabile del patrimonio scientifico ed esperienziale, tale da impedire la configurazione di un medico onnisciente e onnipotente; per l'altro, la ammissione di alcuni *deficit* connessi all'esercizio della professione medica: in particolare, che memoria e giudizio personale sono inaffidabili e che proprio dal riconoscimento di questo limite dipende la salvezza di molte vite umane.

Le *checklist*, in altri termini, proteggono dalle omissioni o dimenticanze delle operazioni abituali o routinali perché ricordano il minimo di operazioni necessarie e le rendono esplicite e obbligatorie. Facilitando le verifiche delle operazioni semplici, inoltre, instillano una sorta di disciplina per prestazioni più elevate, perché, esaurite le c.d. formalità, esonerano l'operatore sanitario dal dovervi porre mente e gli consentono di rivolgere la sua piena attenzione a operazioni più importanti e impegnative. In questo modo, si ottiene da un lato un innalzamento continuo nel tempo degli *standard* delle prestazioni di base e dall'altro una migliore distribuzione delle risorse per la gestione delle criticità e delle urgenze improvvise³⁰¹.

rappresentano un contenuto saliente e tangibile di quest'obbligo, sicché già la mancata adozione di un protocollo di sala operatoria viene a configurarsi come una patente violazione di una cautela organizzativa imputabile ai soggetti sui quali grava una responsabilità di direzione che, paragonata al passato, deve dirsi diminuita dal riconoscimento dell'autonomia tecnico-professionale di cui godono i singoli medici/dirigenti".

³⁰¹ Cfr., sul punto, M. CAPUTO, "Filo D'Arianna" o "flauto magico"?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit. Interessante il passaggio in cui l'Autore si interroga sul rapporto tra la libertà di scelta rivendicata dalla classe medica e la natura vincolante delle checklist: "cosa rispondere – si chiede infatti l'Autore – ai medici che si sentono offesi al solo pensiero che la loro professionalità venga imbrigliata in rigidi schemi meccanici, a quelli che reputano le checklist ... "roba da infermieri", una seccatura che non rende giustizia al lato artistico dell'atto medico (in cui genio e sregolatezza si mescolerebbero in una sostanza irriducibile a una sequenza protocollare), a quelli che operano nel "mitico" mondo reale, dove gli infermieri e i dottori di un reparto di terapia intensiva lavorano sotto organico, hanno poco tempo, sono oberati di

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può concludere che la principale funzione delle *checklist* consista nel fornire al medico uno strumento di autocontrollo dei rischi e di supporto cognitivo al proprio agire professionale.

2. REGOLE CAUTELARI POSITIVE E DISCIPLINE EX ART. 43 C.P.: UNA PROBLEMATICASSIMILAZIONE

Alla luce della disamina affrontata fino ad ora sembrerebbe di avere trovato la soluzione definitiva a tutti i problemi. Linee guida e protocolli, soprattutto se impiegati congiuntamente, parrebbero infatti rappresentare la panacea di tutti i mali che la indeterminatazza delle *leges artis* ricavate dal generico parametro della diligenza gettano sul giudizio della responsabilità medica.

Le cose, però, stanno diversamente. Come è stato puntualmente osservato, infatti, lungi dal rappresentare la immediata soluzione per tutti i problemi che affliggono la colpa medica, le linee guida ed i protocolli risultano uno strumento problematico, al punto da averne suggerito l'accostamento al personaggio letterario di Dott. Jekyll e Mr. Hyde³⁰².

richieste e manifestano scarso entusiasmo all'idea di dover compilare l'ennesimo pezzo di carta, a chi urla: "lasciate perdere le scartoffie, pensate ai pazienti"? A tutti costoro si può raccontare la lezione di Peter Pronovost, specialista di terapia intensiva che nel 2001 decise di sperimentare una checklist destinata ad affrontare il problema dell'infezione delle c.d. linee centrali. Pronovost appuntò su un foglio le "consegne" per evitare infezioni durante l'inserimento di una linea centrale: 1) lavarsi le mani con il sapone; 2) pulire la pelle del paziente con un antisettico a base di clorexidina; 3) disporre teli sterili su tutto il corpo del paziente; 4) indossare maschera, cuffia, camice e guanti sterili; 5) mettere una benda sterile, una volta sistemata la linea, sul sito di inserzione. Tutto semplice e banale. Ciò nonostante, Pronovost chiese agli infermieri di osservare per un mese i dottori che inserivano linee nei pazienti e di annotare quante volte le cinque operazioni venivano rispettate. Per più di un terzo dei pazienti i medici saltavano almeno un passaggio. Una volta convinta l'amministrazione dell'ospedale a dare agli infermieri l'autorizzazione di fermare i medici ogni volta che saltavano una casella della checklist, i risultati delle nuove disposizioni non si fecero attendere: nell'arco dei quindici mesi successivi le evidenze raccolte dimostravano come l'uso corretto della checklist aveva evitato quarantatre infezioni e otto decessi e fatto risparmiare due milioni di dollari. L'esperimento, ripetuto su larga scala in altri reparti di terapia intensiva del Michigan costituisce ancora oggi un autentico caso di scuola. Un articolo pubblicato nel 2006 sul New England Journal of Medicine ci narra di un calo delle infezioni nei primi tre mesi del progetto del 66 per cento. Nei primi diciotto mesi fu stimato un risparmio di 175 milioni di dollari e di oltre millecinquecento vite umane, e il tutto grazie a una piccola e banale checklist".

³⁰² Cfr. D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, cit., p. 173. Si veda anche in particolare il passaggio in cui si precisa che "il mondo clinico, accademico e scientifico è lontano da un unanime apprezzamento delle linee guida fondate sulle evidenze

Cinque, in particolare, sono i limiti che rendono difficile, allo stato, il recepimento automatico delle linee guida e dei protocolli nel giudizio colposo con conseguente trasformazione della colpa generica che connota la responsabilità medica in quella specifica per violazione di discipline³⁰³.

I primi quattro problemi riguardano le linee guida, l'ultimo i protocolli ed in particolare la sotto categoria delle checklist.

scientifiche: prova ne è un saggio, dall'acido titolo "Dall'autonomia alla giustificazione: il ruolo delle linee guida pratiche nel potere professionale", in cui Stefan Timmermans attribuisce alle linee guida il ruolo di "cuore" e insieme "tallone d'Achille" della professione medica⁹. Nate per migliorare la qualità, aumentare l'uniformità e mantenere il controllo sul contenuto dell'azione clinica, sarebbero diventate in mano ai finanziatori del sistema sanitario, ai governi e alle corti di giustizia, strumenti con i quali controllare e limitare i comportamenti dei professionisti, costringendoli a un continuo processo di giustificazione".

³⁰³ Per una loro analisi sintetica vedi R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit. Secondo l'Autore, infatti, "Le ragioni di questa resistenza, non solo e non tanto a prevedere regole cautelari scritte, ma a considerarle vincolanti, sembrano risiedere in alcune particolarità dell'attività medica. Per comprendere questo assunto occorre muovere dalla premessa di portata generale che per la previsione scritta e vincolante di regole cautelari è necessaria una sorta di suscettibilità dell'attività alla standardizzazione, la quale si verifica in presenza di almeno uno dei seguenti caratteri: ripetibilità del rischio, nel senso che il rischio deve presentarsi all'esercente l'attività tendenzialmente identico; stabilità della regola cautelare, nel senso che la *lex artis* non risulta soggetta a mutamenti o evoluzioni; l'esigenza di certezza a causa della partecipazione all'attività di soggetti interagenti portatori di interessi diversi. Così, nell'attività di impresa sono presenti tutti e tre questi caratteri, e non è un caso che si tratti del settore più formalmente disciplinato rispetto al quale la colpa generica sembra trovare uno spazio più ridotto. La circolazione stradale, se da un lato non si caratterizza per rischi che si ripetono identici, lasciando così ampi margini alla colpa generica, dall'altro lato risulta tuttavia incline a una disciplina scritta nella parte in cui risulta estranea ad evoluzioni conoscitive e rivela un carattere per così dire ordinatorio convenzionale, anche in virtù della sua natura interrelazionale. Nell'arte medica in senso stretto invece mancano del tutto questi caratteri: le situazioni di rischio variano costantemente (non esistono malattie, ma malati), con la conseguenza che l'attività deve adattarsi alle circostanze concrete sempre mutevoli; le regole comportamentali non hanno un carattere convenzionale e sono destinate a cambiare costantemente a seguito del progresso scientifico; si attenua un'esigenza di certezza perché tutti i soggetti che intervengono attivamente sono portatori del medesimo interesse orientato alla guarigione. A ciò si aggiungono le particolarità davvero interessanti: la coesistenza in genere in un determinato contesto storico di più alternative di cura tutte scientificamente convalidate per una stessa identica malattia il cui impiego finisce per dipendere dalle particolarità del caso concreto".

2.1. LA ETEROGENEITÀ DELLE FONTI DI PRODUZIONE DELLE LINEE GUIDA

Il primo problema è senza dubbio rappresentato dalla eterogeneità delle fonti di produzione delle linee guida e dal loro diverso grado di vincolatività³⁰⁴. Le linee guida si distinguono infatti in linee guida di livello internazionale e linee guida di portata nazionale o locale: le prime sono normalmente definite a livello delle associazioni specialistiche internazionali e, cristallizzando acquisizioni empiricamente fondate in ordine alla efficacia preventiva, diagnostica e curativa di un determinato metodo terapeutico, hanno una accettazione più o meno generalizzata esclusivamente in virtù del consenso che riescono a riscuotere intorno alle proposte scientifiche e operativo applicative che stanno alla loro base. L'adesione ad esse da parte della comunità scientifica, di conseguenza, è data dalla percezione della loro efficienza applicativa e clinica unita all'autorevolezza delle loro fonti, e non già dal riconoscimento della loro natura vincolante come si riscontra per il requisito dell'*opinio iuris ac necessitatis* essenziale all'imporsi della giuridica efficacia della fonte consuetudinaria.

³⁰⁴ Vedi sul punto M. CAPUTO, per cui *“il successo riscosso dal genere “linee guida” ha determinato la proliferazione di documenti basati sulle evidenze, ovviamente concentrati intorno a quei temi caratterizzati da una maggiore rilevanza, da un notevole impatto economico e/o organizzativo e che sono meglio studiati dalla ricerca clinica. Accade così che per molti problemi clinici siano disponibili più linee guida costruite da provider diversi. Da strumento di riduzione dell'incertezza, le linee guida, moltiplicandosi, hanno finito paradossalmente per confermare lo smarrimento del personale sanitario. Soluzione: benissimo linee guida, purché selezionate e recepite in un atto legislativo. L'utente dell'informazione medica è così costretto a confrontarsi con documenti apparentemente affini per tecnica di costruzione e finalità che, però, riportano raccomandazioni pratiche anche molto dissimili. L'effetto di tale variabilità è alle volte spiazzante e vanifica per intero gli obiettivi che lo strumento “linee guida evidence based” si prefigge di conseguire. Le fonti di variabilità che determinano le differenze registrabili tra linee guida “comuni” sono numerose ed è sufficiente in questa sede citare le più rilevanti. La più ovvia è il diverso grado di aggiornamento. Va verificato non solo l'anno di pubblicazione, ma anche il limite temporale al quale si è arrestata la ricerca bibliografica. A seguire, un altro preoccupante elemento differenziale è il peso mutevole che può essere assegnato a considerazioni riguardanti i costi, l'impatto organizzativo, l'equità delle prestazioni offerte, tutte voci che influenzano il c.d. grado di forza assegnato alle raccomandazioni, ossia la fiducia che gli autori ripongono nell'efficacia e nella sicurezza dei comportamenti consigliati*¹⁰. Ancora: somiglianze o addirittura identità nel titolo delle linee guida possono nascondere profonde discrasie su aspetti sensibili quali la popolazione di riferimento, il tipo di intervento preso in considerazione, il setting e gli outcomes valutati. Tali difformità si riversano ineluttabilmente nelle fasi della stesura del documento, della formulazione dei quesiti, delle strategie di ricerca bibliografica, e condizionano le valutazioni relative al bilanciamento tra rischi e benefici e all'attribuzione del grado di forza”, *“Filo D'Arianna” o “flauto magico”?*, linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, cit. Vedi sul punto anche G. MACCARI, *Interferenze tra causalità materiale e causalità della colpa nella diagnostica medica*, cit., p. 2575 e ancora A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, cit., p. 315.

Diverso, invece, il discorso per quel che riguarda le linee guida di portata meramente nazionale o limitata a singole unità ospedaliere o a singoli reparti: in questi casi, infatti, non solo le regole in questione sono adattate alla specifica, e più circoscritta, realtà cui si riferiscono – con conseguente possibilità di scostamenti dalle prime dovuti ad esigenze contingenti e spesso extrascientifiche – ma sono anche recepite all'interno di atti amministrativi generali o in ordini di servizio, con efficacia dunque giuridicamente vincolante per il personale destinatario.

2.2. LA ETEROGENEITÀ DEGLI SCOPI PERSEGUITI DALLE LINEE GUIDA

Il secondo problema è rappresentato dalla eterogeneità degli scopi che le connotano. Spesso, infatti, la finalità che ispira l'adozione di questa regolamentazione non è solo quella di prescegliere e di adottare la modalità o tipologia di cura più avanzata, ma risponde anche ad esigenze di economicità ed efficienza in senso aziendale dell'amministrazione sanitaria³⁰⁵. Si tende cioè a prescrivere direttive operative, organizzative e comportamentali idonee a coniugare un accettabile standard di sicurezza ed efficienza clinica con l'economicità della gestione sanitaria basata, come è ovvio, su risorse finanziarie necessariamente limitate. L'elaborazione delle linee guida, in altre parole, tiene talvolta conto anche di esigenze economiche, di contenimento di spesa, estranee in quanto tali alla salute del paziente: *“occorre ricordare come la ratio cautelare sottesa alle linee guida, ossia la loro vocazione a preservare/migliorare la salute del paziente, non sia affatto esclusiva, perché coesiste con altre rationes di marca organizzativa ed economica, che ‘premono’ per assicurare una efficiente allocazione delle risorse sanitarie allo scopo di consentire risparmi di spesa: non solo regole cautelari, dunque, ma vettori di programmazioni sanitarie sostenibili e razionali”*³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. sul punto A. CARTABELLOTTA, *Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?*, in *Ricerca e sanità*, 2000, 1, p. 41.

³⁰⁶ M. CAPUTO, *“Filo D’Arianna” o “flauto magico”?*, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

Per questo, è stato osservato che una regola cautelare finalizzata ad evitare un evento lesivo di beni giuridici di elevato rango non può annoverare tra i propri presupposti anche esigenze economicistiche e ragionieristiche che implicino una diminuzione degli standard per ragioni di efficienza³⁰⁷. Di conseguenza, si è precisato, non potranno essere invocate per selezionare al ribasso il contenuto delle *leges artis* richiamabili nella definizione degli obblighi professionali del medico³⁰⁸.

Se quanto sopra considerato appare astrattamente condivisibile, altrettanto ed anzi ancor più condivisibile appare però l'osservazione per cui *“un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli standard, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi. Molto meglio dunque che esso trovi riscontro in una palese e generale disciplina positiva, la quale avrebbe se non altro il pregio di esonerare il singolo medico da un delicatissimo contemperamento tra esigenze contrapposte: un contemperamento peraltro che, essendo ritenuto*

³⁰⁷ Vedi sul punto R. BARTOLI, per cui *“il sapere scientifico viene in gioco rispetto ad un istituto imponendo una regola comportamentale che si caratterizza di per sé per una componente normativo valutativa con ampi margini di discrezionalità. Detto diversamente, ogni regola cautelare è il frutto di un procedimento di elaborazione all'interno del quale si compiono bilanciamenti e valutazioni relative a profili ulteriori rispetto a quelli delineati dal sapere scientifico: si pensi soltanto come e quanto possono incidere i costi e le disponibilità di risorse economiche nella individuazione di un comportamento capace di contenere un determinato rischio. Inoltre, è lo stesso sapere scientifico riferito alla colpa che si caratterizza per un'intrinseca incertezza, perché nel delineare un comportamento efficacemente impeditivo si passa dal paradigma nomologico deduttivo utilizzato per la spiegazione causale in una prospettiva ex post (si risponde cioè alla domanda: di che cosa è morto?), a quello prognostico predittivo in una prospettiva ex ante basato su valutazioni probabilistiche (si risponde al quesito: cosa si sarebbe potuto fare per evitare la morte?). Senza considerare infine che il sapere scientifico risulta particolarmente dinamico e in continua evoluzione, determinando continue trasformazioni delle *leges artis*”, Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica, punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa, cit.*

³⁰⁸ Interessanti sul punto sono ancora le considerazioni di M. CAPUTO, secondo cui *“la compresenza di obiettivi talora confliggenti - il contenimento della spesa sanitaria, traguardo della trasformazione in senso aziendalistico della sanità pubblica, può ben andare a detrimento della scelta “giusta” da adottare nell'interesse del paziente - impedisce tanto al medico quanto al giudice di far leva sulle linee guida nella identificazione della regola di diligenza senza introdurre opportuni accorgimenti che riequilibrino il contemperamento fra interessi diversi, riportando al primo posto la qualità dell'assistenza per il paziente in cura. Ergo, medico e giudice non devono lasciarsi trarre in inganno dalla pre-esistenza di un sapere codificato suscettibile di instradare l'azione di cura in termini di potenziale beneficio (anche) per il paziente. E ancora: “Queste fonti perseguono scopi di carattere economico e di natura legale: sia perché si prefiggono un risparmio della spesa sanitaria evitando che il medico dubbioso pur difensivista dispone di armi e terapie superflue o non indispensabili. Sia perché la formalizzazione successiva rispetto della buona pratica clinica finisce fatalmente per scoraggiare l'instaurazione di processi a carico del medico che vi si sia conformato”, “Filo D'Arianna” o “flauto magico”?, linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, cit.*

sindacabile dalla recente giurisprudenza di legittimità³⁰⁹, lo esporrebbe fatalmente ad una forma di responsabilità colposa". La regola cautelare, in altri termini, deve necessariamente fare i conti con gli strumenti effettivamente a disposizione del medico. Il medico, infatti, è spesso costretto ad operare in condizioni precarie, o comunque non ottimali come quelle dettate dalla migliore scienza medica "pura" disponibile per la gestione di quella particolare situazione³¹⁰.

Se è dunque certamente opportuno segnalare che l'approntamento delle linee guida è spesso promosso dalle leggi finanziarie per razionalizzare la spesa sanitaria e può quindi entrare in tensione con il principio della massima tutela possibile della salute individuale, non si deve però giungere, come ha fatto una parte della dottrina, a considerarlo un limite preclusivo all'annoveramento delle linee guida tra le fonti capaci di tipizzare la colpa del medico.

Al contrario, non paiono sussistere controindicazioni di sorta all'utilizzo delle linee guida quale parametro di riferimento della tipicità colposa. L'importante è che si considerino tali, al di là delle non omogenee espressioni utilizzate, solo prescrizioni comportamentali caratterizzate da tutte le qualità che devono possedere le autentiche regole cautelari.

2.3. LA PROBLEMATICA DELIMITAZIONE DELLA EFFICACIA TEMPORALE DELLE LINEE GUIDA

Il terzo problema è rappresentato dalla circoscrizione della efficacia e della vigenza temporale delle linee guida. Come precisato nell'analisi del primo problema, infatti, le linee guida sono norme deontologiche a fondamento tecnico strumentale; di conseguenza, la loro vigenza ed efficacia dipende fundamentalmente dalla sussistenza di un giudizio di generale idoneità preventiva di ciascuna regola in relazione ad una disposizione dotata di valore giuridico formale. Per converso, la cessazione della vincolatività ed efficacia della regola non coincide con l'eventuale

³⁰⁹ Cfr. in questo senso Cass. Pen., Sez. IV, 7 aprile 2004, Ardovino.

³¹⁰ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 247.

abrogazione della norma giuridico formale che la recepisca, ma con la cessazione di efficacia preventiva ovvero la obsolescenza tecnico scientifica del contenuto cautelare da essa espresso.

La legittimazione empirica delle linee guida, la sua vigenza quale regola cautelare, si può dunque affermare solo allorché goda, effettivamente, in un determinato ambito, di un consenso trasversale e generalizzato: al riguardo va considerato che non possono ritenersi dotati di tale valore quei protocolli o quelle metodologie diagnostiche o cliniche, diffuse solo nell'ambito di una singola scuola, e magari non accettate o criticate da altre scuole; in secondo luogo va considerato che per quanto una linea guida possa essere dotata in un certo momento storico di una generalizzata accettazione, i presupposti empirici sulla base della sua enucleazione, in quanto fondati principalmente su massime di esperienza e su leggi scientifiche, sono soggetti a possibile falsificazione sul piano della correttezza metodologica o dell'efficacia terapeutica. Si può pertanto verificare una obsolescenza della linea guida che ne determina il tramonto quale valido punto di riferimento per la ricostruzione della *lex artis*, impedendo che possa essere preso in considerazione per un concreto giudizio di colpa, ovvero precludendo l'affermazione di esclusione della negligenza o della imperizia in capo al soggetto che vi si sia comunque adeguato; e tutto ciò a prescindere dalla permanente efficacia giuridico formale della fonte in cui esso fosse stato eventualmente recepito.

2.4. LA PORTATA CAUTELARE SOLO RELATIVA DELLE LINEE GUIDA

Infine, e soprattutto, le linee guida non prescrivono sempre la soluzione tecnicamente migliore rispetto al singolo caso concretamente affidato al medico³¹¹.

³¹¹ Si vedano per tutti le considerazioni formulate sul punto da A. FIORI, da cui emerge come “*Protocolli (Protocols) Linee Guida (Guidelines), delle Conferenze di consenso (Consensus conferences) rappresentano importanti e utili strumenti per la codificazione temporanea di condotte diagnostiche e terapeutiche che hanno carattere di orientamento e non di tassatività assoluta. L’elaborazione di questi strumenti guida compie lo stesso percorso della Medicina dell’Evidenza. Gruppi di esperti qualificati in un determinato settore della medicina, spesso in una singola malattia, si riuniscono e, avvalendosi della loro esperienza e della letteratura scientifica più aggiornata e accreditata, individuano delle regole di condotta che devono poi però adattarsi caso per caso, con*”

Come già accennato, infatti, le regole cautelari in campo medico mal si adattano ad una rigida standardizzazione, perché l'attività medica si frammenta in una realtà connotata da situazioni spesso peculiari che impongono sempre un margine più o meno ampio di discrezionalità in cui l'operatore deve ritenersi libero di assumere decisioni che possono anche discostarsi o persino risultare contrarie a quelle previste in modo generale ed astratto dalla linea guida.

La standardizzazione delle *leges artis* rappresenta dunque un punto di riferimento per l'atto medico, ma può cedere di fronte alle specifiche esigenze di cura esigenze con esso incompatibili.

Come si è già avuto modo di vedere e meglio si illustrerà in tema di errore medico, è proprio questa cedevolezza, questo margine di discrezionalità a rappresentare contemporaneamente il punto di forza dell'arte medica – irriducibile ad una mera somma di azioni predeterminate in modo assoluto e connotata dalla peculiarità del rapporto interpersonale tra medico e paziente che rende unica ciascuna decisione – e di debolezza della giudizio colposo del medico – stretto tra l'esigenza di prospettare al medico una regola certa la cui violazione potrà condurre alla attribuzione di una colpa penale, e la necessità di prendere atto della natura solo elastica e approssimativa delle regole cautelari positive vigenti in materia.

2.5. LA NATURA “SPECIALE” DELL'ERRORE CONTEMPLATO DA PROTOCOLLI E CHECKLISTS

Il quinto problema attiene esclusivamente ai protocolli ed in particolare alle *checklists*. Come si è visto, infatti, queste ultime prospettano norme cautelari

*criterio di personalizzazione (...) In questi ultimi decenni protocolli e linee guida sono stati elaborati anche da organismi e autorità pubbliche, in Italia il Ministero della Salute e i governi regionali. Questa provenienza conferisce ad essi senza dubbio una maggiore rilevanza medico-legale tenuto altresì conto che esse sono entrate a far parte della politica sanitaria italiana a partire dall'approvazione del piano sanitario nazionale 1998/2000 che prevede un programma nazionale per il loro sviluppo e la loro applicazione. Tuttavia non è da ritenere che ciò implichi il superamento del principio, rigorosamente scientifico, costituito dall'esigenza di personalizzare trattamenti medico chirurgici. Proprio la violazione di questa esigenza può costituire, in non pochi casi, violazione colposa da parte del medico di regole generali di diligenza e prudenza e, di fatto, può configurare anche imperizia per violazione del principio del *primum non nocere*”, Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili, cit., p. 37.*

finalizzate ad evitare gli errori procedurali dovuti alla difficoltà di gestire in tempi brevi la parte procedimentale standard dell'attività medica e l'insieme di informazioni con cui affrontare i problemi clinici più complessi.

Se, da un lato, questa qualità implica l'indubbio vantaggio di attribuire alle fonti in parola maggiore vincolatività – e quindi certezza e tassatività – di quanta ne possano esprimere le linee guida, rappresenta però contemporaneamente un limite: la natura fisiologicamente semplificata dei problemi contemplati dalle *checklists*, infatti, ne rende *speciale* l'ambito di applicazione rispetto a quello, ben più vasto, delle linee guida. Di conseguenza, anche gli errori astrattamente idonei ad integrare la colpa medica per violazione delle *checklists* saranno ricompresi entro una gamma più circoscritta di quelli tipici delle linee guida.

Protocolli e *checklists*, in conclusione, rappresentano strumenti più conformi alle istanze di certezza e tassatività del diritto penale, ma comprendono un ambito di applicazione più limitato rispetto a quello delle linee guida.

3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN MERITO AI LIMITI DELLE REGOLE CAUTELARI POSITIVE

L'analisi svolta fino ad ora dei due strumenti più idonei a tipizzare la colpa medica dovrebbe rendere evidente la necessità di una loro valorizzazione prudente.

Le linee guida rappresentano uno standard comportamentale, vale a dire una prescrizione utile per una classe di situazioni indeterminata ed avente le medesime caratteristiche generali di quella tipizzata. Come sottolineato dalla stessa classe medica – piuttosto refrattaria ad irrigidire la propria professione entro schemi prefissati – i casi concreti che si pongono quotidianamente all'attenzione dei medici sono connotati da una quantità di variabili ulteriori – non ricomprese cioè in quelle su cui si fonda la linea guida – tali da imporre una scelta terapeutica diversa o addirittura opposta a quella prescritta. La linea guida astrattamente idonea a disciplinare il caso di specie, di conseguenza, non sempre coincide con la condotta doverosa nel caso concreto: *“i processi decisionali del medico continuano a essere*

*imperniati sulle circostanze peculiari che caratterizzano la specifica situazione del paziente, nel rispetto delle scelte di quest'ultimo. Le linee guida rappresentano un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi – non fosse altro perché possono illuminare sulla persistenza di pratiche mediche superate o inefficaci – ma il tasso di vincolatività del comportamento clinico andrà di volta in volta sperimentato*³¹².

Tradotto in termini giuridici, questo dato significa che la malattia e/o il paziente possono orbitare in una classe di rischio diversa da quella sottesa alle linee guida astrattamente configurabili per quella specifica situazione.

Inoltre, la estrema eterogeneità delle fonti di produzione, delle prescrizioni, dell'ambito di applicazione temporale e spaziale ed infine degli stessi interessi che sottendono alla emanazione delle linee guida, impongono una valutazione ulteriore finalizzata alla conferma della loro effettiva *validità cautelare*.

Riguardare la violazione delle linee guida sotto la luce della colpa specifica può quindi avere senso ove si riconosca la loro *natura elastica*.

I protocolli e le *checklist*, dal canto loro, assumono certamente natura vincolante e tassativa. Tuttavia, appaiono idonei a risolvere solo problemi di modesta complessità. Nell'ambito della colpa medica, dunque, assumeranno una efficacia cautelare "speciale"; limitata, cioè, a disciplinare solo particolari categorie di attività al fine di evitare altrettanto particolari categorie di errori.

³¹² M. CAPUTO, "Filo D'Arianna" o "flauto magico"?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit. Interessante anche il passaggio in cui precisa come "se si vogliono evitare pericolosi fraintendimenti, il medico è chiamato a essere sincero con sé stesso: come le linee guida non minano né azzerano l'autonomia professionale, al punto da costringere il medico ad accomiarsi da esse quando le specificità del paziente "raccomandino" in tal senso (v. infra); così non eliminano del tutto il rischio di comportamenti erronei di chi vi si conformi, da fronteggiare attraverso la costruzione di un sistema di analisi e gestione del rischio clinico funzionale a prevenire e contenere i comportamenti assistenziali inadeguati non soltanto del singolo, ma anche del lavoro di équipe (e della stessa struttura sanitaria), che il più delle volte arrivano sui tavoli del contenzioso giudiziario senza aver lasciato riscontri atti a evitare il ripetersi dell'errore".

4. IL RUOLO SECONDARIO ATTRIBUITO DALLA GIURISPRUDENZA ALLE REGOLE CAUTELARI POSITIVE NELLA DEFINIZIONE DEL PARAMETRO COMPORTAMENTALE

I limiti sin qui descritti suscitano fortissime perplessità nella giurisprudenza pressoché unanime³¹³ a riconoscere che la violazione di linee guida e protocolli possa integrare un'ipotesi di colpa specifica, *sub specie discipline ex art. 43 c.p.*³¹⁴.

Date le incertezze che ne connotano il loro impiego, infatti, se ne propone una qualificazione in termini di fonti di cognizione, anziché di produzione³¹⁵, con la conseguente possibilità per l'interprete di selezionare le regole da esse ritratte e fondanti, in caso di loro violazione, la colpa medica³¹⁶.

³¹³ F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, cit., p. 1229.

³¹⁴ Cfr. sul punto M. CAPUTO, per cui “*se è senz'altro lodevole qualunque congegno scientifico che vincoli il potere discrezionale dell'organo giudicante, sarebbe un fuor d'opera in campo penale, attesi i limiti “clinici” delle guidelines, far promettere a questi preziosi suggerimenti più di quanto essi sono in grado di mantenere. In realtà, il sistema delle linee guida – come è stato rilevato proprio da uno dei più attenti critici della teoria dell'agente modello – sembra muoversi ancora in un'area di colpa generica, al più sul crinale tra colpa generica e colpa specifica, che fatalmente reclama per attrazione lo schema di valutazione della prima. La conoscenza delle linee guida dovrà pertanto essere considerata patrimonio del medico modello, per come individuato rispetto alla classe differenziata del medico eiusdem condicionis et professionis. E nel bagaglio del professionista avveduto e coscienzioso sarà altresì esigibile un uso accorto e aggiornato del sapere codificato, che privilegi la considerazione delle caratteristiche specifiche del malato a un'applicazione deresponsabilizzante di raccomandazioni che, per loro natura, non sono formulate per tener conto delle individualità del paziente in cura*”, “*Filo D'Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

³¹⁵ Cfr. D. CASTRINUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 973 e M. CAPUTO, laddove osserva: “*Nessuna equazione, dunque: come l'adesione alle linee guida può non esonerare da responsabilità penale, così l'inosservanza non comporta di per sé un addebito di colpa.. Anche perché, a ragionare altrimenti, assegnando loro il valore di “fonti di produzione di regole cautelari”, anziché quello di mere “fonti di cognizione delle leges artis”, il giudizio sulla difformità del comportamento medico dalle indicazioni contenute nelle linee guida rischia di aprire varchi alla responsabilità oggettiva, con tramutazione del fatto colposo in un reato di condotta a pericolo astratto e connessa amputazione dell'evento, degradato a mera condizione di punibilità*”, “*Filo D'Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

³¹⁶ Sulla natura elastica delle regole cautelari scritte, vedi D. MICHELETTI, per cui “*entrambe le tipologie di norme, quale che sia la loro fonte di produzione formale, valgono come regole cautelari se e in quanto permanga la loro funzione preventiva. Se queste sono le premesse metodologiche, non si può escludere a priori che una condotta diagnostico terapeutica, ovvero un metodo chirurgico, sebbene difformi da quelli indicati in un protocollo, risultino in concreto altrettanto idonee a prevenire un certo tipo di rischio ovvero ad evitarne la realizzazione: a ritenere diversamente si rischierebbe di cristallizzare eccessivamente la pratica clinica su metodologie magari superabili in via sperimentale; d'altro canto, la struttura dei rischi tipici dipende, nella loro dimensione generale concreta, dalle conoscenze tecnico scientifiche, per cui una nuova prassi può comportare non solo un rinnovamento nell'ambito delle precauzioni tendente al controllo dei rischi, ma altresì una ridefinizione dei confini dei rischi da prevenire, della struttura dei medesimi, ovvero anche della*

In una recente e importante pronuncia, in particolare, si lega la rilevanza delle linee guida al tema del rischio consentito nelle attività socialmente utili come quella sanitaria³¹⁷. Riconoscendo al giudice l'apprezzamento “dell'ideale linea di confine tra lecito ed illecito”³¹⁸, da compiere “con prudente discernimento”³¹⁹, la Cassazione ammette che nell'individuazione del perimetro del rischio consentito le linee guida siano in grado di offrire, in talune situazioni, indicazioni e punti di riferimento al giudicante. Tuttavia, si affretta a precisare che la possibile prevalenza del *rationale economico*³²⁰ che le rende “ciniche e pigre”³²¹, l'obsolescenza e l'inefficacia

individuazione di nuovi rischi. Naturalmente la soluzione nel senso dell'assenza di colpa ex ante nel caso di condotta non conforme alla prassi indicata dal protocollo richiede un'attenta valutazione sull'adeguatezza della cautela alternativa, sulla sua validità scientifica e clinica, che da un lato non può prescindere dagli apporti conoscitivi del consulente, e dall'altro onera il giudicante di un più consistente approfondimento motivazionale”, La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo", cit., p. 173.

³¹⁷ Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391.

³¹⁸ Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391.

³¹⁹ Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391.

³²⁰ Cfr. sul punto Cass., sez. IV, 25 gennaio 2002, n. 2365. Interessante il passaggio, commentato poi da G. IADECOLA, in cui si sostiene come “il rispetto delle ‘linee guida’, assunto nel caso di specie quale parametro di riferimento della legittimità della decisione di dimettere dall'ospedale il [paziente] e di valutazione della condotta del medico, nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente. ... A nessuno è consentito di anteporre la logica economica alla logica della tutela della salute, né di diramare direttive che, nel rispetto della prima, pongano in secondo piano le esigenze dell'ammalato. Mentre il medico, che risponde anche ad un preciso codice deontologico, che ha in maniera più diretta e personale il dovere di anteporre la salute del malato a qualsiasi altra diversa esigenza e che si pone, rispetto a questo, in una chiara posizione di garanzia, non è tenuto al rispetto di quelle direttive, laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente, e non può andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito e degradando la propria professionalità e la propria missione a livello ragionieristico. Se le “linee guida” richiamate dai giudici del gravame, addotte dall'imputato a giustificazione della decisione di dimettere il paziente, dovessero rispondere solo a logiche mercantili, il rispetto delle stesse a scapito dell'ammalato non potrebbe costituire per il medico una sorta di salvacondotto, capace di metterlo al riparo da qualsiasi responsabilità, penale e civile, o anche solo morale, poiché sul rispetto di quelle logiche non può non innestarsi un comportamento virtuoso del medico che, secondo scienza e coscienza, assuma le decisioni più opportune a tutela della salute del paziente. Di qui, l'esigenza di approfondimento delle delicate questioni che la vicenda pone, al fine di verificare se tali “linee”, che legittimamente potrebbero essere ispirate anche a logiche di economicità di gestione, non siano, nel caso di specie in contrasto con le conclamate esigenze di cura del paziente. Orbene, tale approfondimento, nella vicenda in esame è del tutto mancato, ovvero si è articolato, nella sentenza impugnata, in maniera incongrua ed incoerente rispetto al tema oggetto di contrasto tra le parti”. Parole forti – commenta l'Autore del commento – finalizzate a trasmettere un paio di messaggi ai giudici del rinvio, tenuti a) a “studiare” le linee guida invocate dalla difesa dell'imputato, per decifrarne la reale efficacia, l'effettiva incidenza cautelare; e, comunque, quand'anche emergesse la bontà del ricorso al sapere scientifico codificato nel caso di specie, b) a rapportare la loro decisione non al rispetto o meno delle raccomandazioni, ma alla complessiva condizione del paziente, ovvero delle sue criticità, per comprendere – in una prospettiva ex ante – se le dimissioni, sia pur convalidate da linee guida di cui si sia accertata l'autorevolezza, l'efficacia e la congruenza rispetto al caso di specie – erano la soluzione che il medico modello avrebbe perseguito

rappresentano argomenti che impongono al medico un supplemento di cautele. Per queste ragioni³²², il rispetto delle linee guida o dei protocolli viene considerato al più un elemento tra gli altri³²³ per valutare la diligenza minima richiesta³²⁴, e dunque non certo sufficiente in quanto tale ad escludere il giudizio di colpa. A tal fine, infatti, sarà necessaria sempre e comunque una valutazione peritale ben più ampia e fondata sui tradizionali criteri generici di negligenza, imprudenza e imperizia che informano la colpa generica³²⁵.

considerando il contesto clinico di riferimento”, M. BONA - G. IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 78 ss.

³²¹ Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391.

³²² Si veda in particolare D. MICHELETTI, per cui *“dal canto suo, al giudice non dovrebbe interessare più di tanto il fatto che l'imputato si sia uniformato o meno alle linee guida. Nei processi per responsabilità medica, il rispetto delle raccomandazioni cliniche andrà assunto come dato di partenza pressoché neutro. Il giudice potrà ritenere la preventiva esistenza di una linea guida alla stregua di un indizio utile a identificare la regola cautelare. Allo stesso modo, l'allegata inosservanza di una linea guida andrà considerata come una traccia per verificare la violazione di una regola cautelare ancora da individuare. In entrambi i casi, l'esistenza di una raccomandazione funge da ratio cognoscendi della colpa, funzionale alla selezione della cautela, non già da ratio essendi”*, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, cit., p. 173.

³²³ Cass., sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391; Cass., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 34402; Cass., sez. IV, 12 luglio 2011, n. 38774; Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 14526; Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254, cit. ; Cass., sez. IV, 1 marzo 2011, n. 25653; Cass., sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454; Cass., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 17556, Cass., sez. IV, 10 aprile 2009, n. 19757; Cass., sez. IV, 29 settembre 2009, n. 38154, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2570 ss., con nota di G. MACCARI.

³²⁴ Le stesse Sezioni Unite sembrano porre le *leges artis* e i protocolli non in un rapporto di continenza, ma di pari ordinazione tra loro, di talché il modello di comportamento preso a parametro per il giudizio di colpa pare essere con-costituito da entrambe le fonti, quella consolidata solo socialmente e quella in qualche misura maggiormente formalizzata, sia pure non in norme giuridicamente sanzionate. Cass. Pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in CED Cass., n. 241752.

³²⁵ Cfr. D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit. Particolarmente chiaro il passaggio di p. 34 in cui si ricorda come *“le linee guida rappresentano un tentativo di formalizzazione delle leges artis afferente ciascun contesto specialistico, certamente contribuiscono a rendere più certe e affidabili le scelte terapeutiche dell'attività di problematici infrequente verificaione. Può anche dirsi che le linee guida costituiscano un efficace esempio di traslazione delle regole cautelari dal settore della colpa generica a quello della colpa specifica: l'enunciazione scritta di un determinato bagaglio di conoscenze preventive di settore, come parte della dottrina ha rilevato, potrebbe infatti venire in rilievo nell'ambito delle discipline a cui si riferisce l'articolo 43 nel disegnare i confini della colpa specifica. A prescindere dalla possibilità di inquadrare le linee guida entro tale paradigma normativo e più in generale dalla definizione del loro statuto giuridico, ad oggi assai incerto, certamente problematico appare però il carattere non tassativo dei suggerimenti clinici da essere invincibili. La disciplina offerta da siffatte raccolte di regole cautelari, infatti, si pone per lo più come un insieme di indicazioni di massima, idonee ad orientare il comportamento degli operatori in rapporto a prassi standardizzate, ma per definizione insufficienti ad abbracciare l'intera varietà della casistica clinica. L'individuazione delle regole cautelari applicabili nel contesto medico chirurgico risente infatti della mutevolezza intrinseca di ogni situazione clinica specificamente considerata. La responsabilità colposa, in altri termini, deve necessariamente modellarsi sulle sfaccettature del caso concreto, e non di rado risulta esposto a continue variazioni in ragione delle peculiari condizioni di salute del paziente. In quest'ottica, nell'ipotesi in cui si verificano eventi lesivi, raramente il rispetto delle linee guida può assumere un valore nettamente liberatorio per l'operatore sanitario. Più frequentemente, anche partendo dalla premessa che essi rappresentino fonti scritte sulle quali edificare un rimprovero a titolo di colpa specifica, rimane pur*

Si tratta, a ben vedere, di una specificazione di quell'indirizzo giurisprudenziale prevalente in tema di colpa, per il quale l'assenza di colpa specifica non preclude, ma anzi impone di verificare anche la insussistenza di profili di colpa generica³²⁶.

In questo modo, linee guida e protocolli assolveranno esclusivamente alla funzione di schema di controllo della ragionevolezza e logicità delle soluzioni approntate dai periti.

La immediata ripercussione di un simile approccio non potrà che essere rappresentata, ancora una volta, da *“un atteggiamento giurisprudenziale che può ben definirsi, a prima vista, ondivago. Si presentano soluzioni assai differenziate, nelle quali il peso delle pieghe del caso concreto fa pendere la bilancia ora dalla parte della condanna ora da quella dell'assoluzione”*³²⁷.

Quattro, in particolare, gli scenari che si delineano.

Nel primo, il rispetto delle le linee guida non è ritenuto esaustivo e sufficiente per esentare da responsabilità, là dove si provi che l'adesione è stata così rigida da impedire l'adozione di scelte cliniche alternative che un esame non prevenuto delle evidenze a disposizione avrebbe senz'altro imposto come soluzioni da preferire a quelle suggerite dalla letteratura³²⁸. Si tratta, come è evidente, di casi nei quali il rispetto formale delle raccomandazioni lascia sopravvivere profili di ulteriore

sempre la valutazione circa la sussistenza di una colpa generica a rappresentare il dato decisivo per l'affermazione della responsabilità penale. Ciò non solo perché la sovrapposibilità della colpa generica, e dei suoi non meglio concretizzati parametri di prevedibilità inevitabilità, alla colpa specifica rappresenta un dato pacificamente acquisito nella teoria del reato colposo; nel caso in esame è infatti la stessa necessaria astrattezza della regola scritta di riferimento a rendere imprescindibile un monitoraggio della specifica situazione clinica. Questo tendenziale dominio della colpa generica e in particolare della species della imperizia nel settore medico appare peraltro ben esemplificato dalla giurisprudenza della Suprema Corte. Essa non di rado ha puntualizzato la necessità della condotta colposa sia ricostruita alla luce del caso concreto, privilegiando nelle ipotesi clinicamente più dubbie un principio generale di contenimento dei rischi per la salute del paziente”.

³²⁶ Cfr. sul punto Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, allorché afferma che protocolli e linee guida *“danno al medico un'indicazione di base sulla quale deve, tuttavia, innestarsi un comportamento che sia corretto secondo scienza e coscienza”*, con ciò riconoscendo quanto già l'art. 43 c.p. prevede, ossia l'assenza di una prevalenza della colpa specifica sulla colpa generica e, anzi, l'esistenza di una pari ordinazione fare le due forme di imputazione soggettiva.

³²⁷ M. CAPUTO, *“Filo D'Arianna” o “flauto magico”?*, linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, cit.

³²⁸ Cfr. Cass. Pen. 5 giugno 2009, n. 38154, in C.E.D. Cass., n. 245781. Il caso riguardava la responsabilità per omicidio colposo del cardiologo che aveva attestato la idoneità alla pratica sportiva agonistica di un atleta, in seguito deceduto nel corso di un incontro ufficiale di calcio a causa di una patologia cardiologica (nella specie, *“cardiomiopatia ipertrofica”*), non diagnosticata dal sanitario per l'omessa effettuazione di esami strumentali di secondo livello che, ancorché non richiesti dai protocolli medici, dovevano ritenersi necessari in presenza di anomalie del tracciato elettrocardiografico desumibili dagli esami di primo livello. La Corte ha confermato il giudizio di condanna espresso dalle Corti di merito.

negligenza, rapportabili alle particolarità della patologia o alle condizioni del paziente.

A conferma della relatività del corredo scientifico alle scelte mediche, nel secondo scenario troviamo medici esonerati da responsabilità nonostante l'inosservanza delle linee guida³²⁹. Si assiste, ancora, all'ipotesi della condanna di medici che si sono discostati immotivatamente dalle linee guida³³⁰, per finire con il caso di medici assolti perché il loro operato si è informato alle linee guida³³¹.

Meno recente ma non meno significativa per afferrare compiutamente la sensibilità della giurisprudenza è una pronuncia che si sofferma sull'altro caposaldo del ragionamento volto a contrastare un uso acritico delle linee guida³³². La Corte,

³²⁹ Cfr. Cass. Pen., 24 febbraio 2000, n. 6511, in CED Cass., n. 216732. Nella specie, l'omissione contraria ai correnti protocolli diagnostici era consistita nella ritardata diagnosi di un carcinoma mammario: in particolare il tumore era stato diagnosticato dopo circa due anni dalla asportazione di noduli ed il giudice di merito aveva ritenuto non solo dubbia, ma addirittura improbabile la possibilità di diagnosticare la malattia all'epoca dei fatti. Cfr. anche Cass., sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136 e Cass., sez. IV, 25 gennaio 2002, n. 2865.

³³⁰ Cfr. Cass. Sez. IV, ud. 14 novembre 07, dep. 11 marzo 08, n. 10795, Cfr. Cass., sez. IV, 12 luglio 2011, n. 34729; Cass., sez. IV, 9 giugno 2011, n. 28783; Cass., sez. V, 2 marzo 2011, n. 14512; Cass., sez. V, 12 gennaio 2011, n. 7074; Cass., sez. IV, 14 ottobre 2010, n. 38127; Cass., sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 41349; Cass., sez. IV, 7 luglio 2010, n. 32175; Cass., sez. IV 15 aprile 2009, n. 19759; Cass., sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795; Cass., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 41844; Cass., sez. IV, 2 giugno 2000, n. 6511.

³³¹ Si veda, a questo proposito, Cass. Pen. Sez. IV, 4 giugno 2006, Cardillo, che, come già accennato, ha ribaltato la decisione di condanna pronunciata dal giudice di merito proprio in ragione dell'assoluta conformità dell'attività medica prestata dagli imputati rispetto alle linee guida per la gestione dei traumi cranici edite dalla Società italiana di neurochirurgia. Cfr., sul punto, anche Cass. Sez. IV, ud. 8 giugno 06, dep. 14 luglio 06, n. 24400. Cfr. anche Cfr. Cass., sez. IV, 12 giugno 2012, n. 23146; Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 12468; Cass., sez. IV, 5 febbraio 2010, n. 16150; Cass. sez. IV, 18 agosto 2010, n. 32013; Cass., sez. IV, 15 settembre 2009, n. 35659; Cass., sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 37527; Cass., sez. IV, 16 aprile 2008, n. 15703; Cass., sez. IV, 18 maggio 2007, n. 19354; Cass., sez. IV, 14 luglio 2006, n. 24400.

³³² Cfr. sul punto M. CAPUTO, per cui *“accanto alla ferma censura utilitaristica, si rinviene un'accesa celebrazione dell'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche, poiché l'arte medica, mancando, per sua stessa natura, di protocolli scientifici a base matematica, cioè di pre-dimostrata rigorosa successione di eventi, spesso prospetta diverse pratiche o soluzioni che l'esperienza ha dimostrato efficaci, da scegliere oculatamente in relazione ad una cospicua quantità di varianti che, legate al caso specifico, solo il medico nella contingenza della terapia, può apprezzare. Questo concetto, di libertà nelle scelte terapeutiche del medico, è un valore che non può essere compresso a nessun livello né disperso per nessuna ragione, pena la degradazione del medico a livello di semplice burocrate, con gravi rischi per la salute di tutti. Ovviamente, la scelta del medico non può essere avventata né fondata su semplici esperienze personali, essendo doveroso, invece, attenersi al complesso di esperienze che va, solitamente, sotto il nome di dottrina, quale compendio della pratica nella materia, sulla base della quale si formano le leges artis, cui il medico deve attenersi dopo attenta e completa disamina di tutte le circostanze del caso specifico, scegliendo, tra le varie condotte terapeutiche, quella che l'esperienza indica come la più appropriata. Una volta effettuata la scelta, il medico deve restare vigile osservatore dell'evolversi della situazione in modo da poter subito intervenire ove dovessero emergere concreti sintomi che inclinino a far ritenere non appropriato, nello specifico, la scelta operata e necessario un aggiustamento di rotta o proprio una inversione. Quando tutto ciò sia stato realizzato, il medico non può poi rispondere dell'insuccesso, ove dovesse*

infatti, prende posizione e auspica che il giudizio sulla colpa sia sempre svolto in concreto, respingendo la tesi dell'incondizionata fiducia nelle linee guida che, per quanto ispirata da considerazioni di garanzia dell'imputato, in realtà ripete le cadenze di giudizi resi in astratto, sulla scorta di ragionamenti presuntivi propri della *culpa in re ipsa*³³³. Si tratta, è bene sottolinearlo, di un orientamento radicato anche in dottrina: “*la scelta per una logica della colpa protocollare appiattita sulle linee guida come fonte di produzione della regola cautelare – è stato infatti osservato – può effettivamente tradursi in un giudizio formale di difformità del comportamento dalle prescrizioni del protocollo, che potrebbe, in action, trasformare il delitto colposo del medico in un reato di pericolo astratto presunto, facendo sbiadire la essenziale dimensione dell'evento, ed il correlato riscontro della realizzazione dei profili di colpa nel risultato lesivo o infausto*”³³⁴.

5. CRITICA ALL'IMPOSTAZIONE GIURISPRUDENZIALE: LA NECESSITÀ DI UN RUOLO PREVALENTE DELLE FONTI POSITIVE NEL MARE MAGNUM E INDEFINITO DELLE LEGES ARTIS

Prima di analizzare la posizione assunta dalla giurisprudenza ed appena sommariamente esaminata, si ritiene necessario elencare i principali punti fermi che si sono raggiunti fino ad ora.

Innanzitutto, dovrebbe essere definitivamente chiaro che la scienza medica permette esclusivamente di *congetturare* la *possibile* causa di un problema e/o proporre la *possibile* soluzione.

Al medico, dunque, è rimesso il delicato compito di utilizzare gli strumenti scientifici come elementi utili tra gli altri – fattuali, logici, esperienziali – per formarsi un

malauguratamente, come nel caso di specie, verificarsi”, “*Filo D'Arianna*” o “*flauto magico*”?, linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, cit.

³³³ Sulla necessità di un accertamento della colpa in concreto cfr. diffusamente F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

³³⁴ D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., p. 973.

proprio convincimento circa la causa del problema ed adottare in base esso la soluzione ritenuta più adeguata al caso di specie.

Altrettanto pacifico deve ritenersi, conseguentemente, il margine particolarmente ampio di discrezionalità ed incertezza che connota l'intera attività medica e ne rende quindi problematica la valutazione.

Davvero utopistica, dunque, appare la pretesa che, magari a distanza di anni, un soggetto esterno possa ingerirsi nell'operato del medico e, ripercorrendo tutte le fasi e le variabili che hanno connotato la vicenda specifica, giungere ad un risultato certo ed oggettivo circa l'adeguatezza delle scelte assunte rispetto alla non meglio precisata *ars medica* vigente in quel momento. Ben più realisticamente, il giudice ed il perito giungeranno ad una soluzione solo molto *approssimativa* circa la dinamica dei fatti ricostruita nel corso del processo e formuleranno quindi un giudizio colmo di valutazioni ulteriori, anche di natura etica, in merito alla natura colposa della condotta tenuta.

Della certezza pretesa nell'accertamento penale, sin qui, non vi è traccia: incerto è il sapere del medico, incerta è la correttezza delle sue scelte, incerto il suo agire. Di conseguenza, incerto è il sapere del perito, incerta la sua valutazione, incerto il giudizio finale sulla colpa del medico.

La immediata conseguenza di questo quadro è che il medico, al momento della sua scelta, non ha alcuno strumento per capire come conformarsi alle pretese dell'ordinamento ed evitare così certamente la sanzione penale.

Se tutto questo è vero – come si è cercato di argomentare sin qui – decisamente inaccettabile appare l'orientamento giurisprudenziale illustrato nel paragrafo precedente. Lo svuotamento di qualsiasi efficacia selettiva di protocolli e linee guida mediante la loro trasformazione in strumenti fungibili con le valutazioni rese *ex post* dal perito in base a generiche considerazioni sulla diligenza opportuna nel caso di specie, infatti, legittima sempre e comunque il ritorno alla blanda colpa generica che, come visto, mina in radice la tenuta stessa del tipo colposo del medico di fronte agli irrinunciabili principi di legalità, determinatezza e colpevolezza: “*se si concorda sul fatto che le norme cautelari scritte disciplinano una determinata classe di rischi, pare davvero difficile, e tutto sommato contraddittorio, sostenere che una volta esclusa la trasgressione della regola possa residuare uno spazio di operatività della*

*colpa generica. In realtà, l'asserita convergenza della colpa generica sembra tradurre l'esigenza di rendere più ampia la sfera della responsabilità colposa per taluni soggetti qualificati, in funzione di una capillare e accentuata tutela del bene giuridico*³³⁵.

Protocolli e linee guida, in altri termini, non possono essere ritenuti semplicemente degli elementi valutativi fungibili con qualsiasi altro dato fattuale o logico su cui fondare un più ampio giudizio di colpa.

Al contrario, appaiono strumenti imprescindibili per fondare una nuova concezione della colpa medica in cui la componente normativa assuma un ruolo primario sia dal punto di vista sostanziale – limitando l'area dell'errore medico penalmente rilevante alle sole ipotesi di *colpa grave*, in cui cioè lo scostamento della scelta terapeutica non ricada più nel margine di discrezionalità fisiologicamente insito nell'attività medica, ma attenga invece all'ambito ristretto delle conoscenze certe – che processuale, fondando sulle componenti normative positive una vera e propria *presunzione di diligenza*.

6. LA RIFORMA LEGISLATIVA DI CUI ALLA L. 8 NOVEMBRE 2012, N. 189, ART. 3 C. I

Come accennato, in questa direzione – seppure, come si vedrà, in modo alquanto problematico – si è mosso il recente legislatore³³⁶ mediante la conversione del c.d. “decreto sanità” approvata in via definitiva dal Senato lo scorso 31 ottobre 2012³³⁷.

³³⁵ M. CAPUTO, “*Filo D’Arianna*” o “*flauto magico*”?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

³³⁶ Non è la prima occasione in cui il tema della colpa grave viene affrontato in sede legislativa. Si ricordano, sul punto, due ipotesi di limitazione affacciate in altrettanti progetti di riforma del codice penale: l'art. 39 del Progetto Riz del 1995, che stabiliva una definizione generale di colpa secondo una formulazione diretta, proprio sul terreno della responsabilità professionale, a delimitarne la nozione penalmente rilevante alla sola imperizia grave, in caso di prestazioni di speciale difficoltà. In secondo luogo, si ricorda il più recente progetto Pisapia del 2008 in cui, oltre ad essersi prevista all'art. 13 una definizione di colpa grave, nella relativa relazione si è affermato che “*l'opportunità politico criminale di fare dipendere lo stesso an della punibilità dalla presenza di una colpa grave dovrebbe essere presa seriamente in considerazione nel ripensare modelli di disciplina penale di alcuni settori tecnicamente complessi*”.

³³⁷ L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3, c. I.

Come è ormai noto, infatti, la Camera dei Deputati ha apportato una modifica rivoluzionaria alla versione originaria del decreto, estendendo anche all'ambito penale la capacità delle linee guida e delle *“buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale”* di delimitare l'ambito di rilevanza della responsabilità medica.

In particolare, mentre la versione originaria dell'art. 3 comma 1 prevedeva che il giudice avrebbe genericamente dovuto tenere conto delle due fonti sopra citate nella valutazione della responsabilità *civile* del medico circoscritta – come noto – alle sole ipotesi di colpa lieve ai sensi dell'art. 2236 c.c., la nuova versione stabilisce invece che *“l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Lo *scopo perseguito* dalla modifica risulta evidente e, almeno per chi scrive, particolarmente apprezzabile: partendo proprio dalla esigenza di attribuire maggiore rigore e certezza ai parametri fondanti l'accertamento della colpa medica, infatti, si è scelto di graduarli attribuendo un valore particolare alla componente normativa del giudizio rappresentata dalle linee guida e dalle *best practices*.

Ben più problematica e discutibile, invece, appare la *specifica soluzione escogitata*.

Stando alla interpretazione letterale della disposizione, infatti, sembrerebbe che la norma disciplini due ipotesi di responsabilità penale del medico distinte in base alla conformità o alla difformità della condotta concretamente tenuta alle due fonti sopra citate: nella prima ipotesi, la responsabilità penale potrà configurarsi solo in caso di errori idonei ad integrare una colpa grave, mentre nella seconda sarà possibile imputare il fatto anche sulla base di errori minimi e dunque riconducibili ad ipotesi di colpa lieve.

L'adeguamento alle linee guida ed alle *best practices*, in altri termini, parrebbe fondare una presunzione di diligenza a cui è stato attribuito l'effetto sostanziale dirompente di circoscrivere la responsabilità penale alle sole ipotesi di errore più macroscopico. Di converso, lo scostamento dalle due fonti dovrebbe permettere alla

responsabilità medica, in base alla interpretazione letterale della norma, di riespandersi per ricomprendere nuovamente anche le ipotesi di errore lieve.

Il condizionale è d'obbligo, dal momento che una primissima interpretazione fornita da autorevole dottrina fornisce una lettura sensibilmente differente da quella appena proposta. In base a questo orientamento, infatti, la nuova disposizione dovrebbe essere intesa nel senso che *“se il medico non valuta correttamente il quadro clinico e non si discosta dalle linee guida, la sua responsabilità penale andrà esclusa se nell'erronea di valutazione del quadro vi è solo colpa lieve. L'affermazione della responsabilità penale sarà invece possibile se la colpa è grave. Si dovrà cioè trattare di un caso clinico “cantato”, di solare evidenza, che imponga di non più attenersi alle linee guida, ma di allontanarsene. Quindi il principio giurisprudenziale, sorto in passato, è stato eroso dalla novella e dovrà essere attualmente letto in questi termini: ‘Le linee guida non possono essere invocate per escludere la responsabilità penale del medico, se il paziente presenta un quadro clinico che, macroscopicamente, impone una condotta diversa da quella raccomandata dalle linee guida’*³³⁸.

In altre parole, secondo l'interpretazione appena riportata il discrimine tra colpa lieve e colpa grave non avrebbe ad oggetto la natura dello specifico errore tecnico commesso, ma la scelta di adeguarsi o discostarsi dalle fonti positive. La colpa grave a cui ha fatto riferimento il legislatore, dunque, non si riferirebbe al generico errore commesso nell'attività medica, ma a quello specificamente derivante dalla scelta di discostarsi da linee guida e *best practices*.

In questo senso, dunque, la *ratio* della riforma andrebbe individuata nella tutela delle scelte difformi compiute dal medico rispetto alle indicazioni prescritte dalle fonti positive.

A parere di chi scrive, però, una simile lettura appare difficilmente compatibile con il significato letterale della disposizione. La norma, infatti, non specifica che la colpa grave a cui fa riferimento debba avere ad oggetto la specifica scelta di discostarsi dalle prescrizioni cautelari positive. In direzione esattamente opposta, pare stabilire che l'adeguamento della condotta alle prescrizioni positive permette al medico di andare esente da responsabilità penale nel caso in cui commetta un errore lieve

³³⁸ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3, I co. l. 8 novembre 2012, n. 189*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 novembre 2012.

nell'ambito dell'attività prescritta dalla fonte positiva. Per contro, laddove intenda discostarsi dalle scelte tecniche suggerite dalle prescrizioni positive, la responsabilità medica in cui rischia di incorrere si espande nuovamente per ricomprendere anche le ipotesi di errore lieve.

Posto che, a parere di chi scrive, questa è l'interpretazione più immediata che emerge dalla lettura della disposizione, i problemi che rischiano di derivarne sono forse maggiori di quelli che la riforma volesse risolvere per due ragioni fondamentali: 1) la difficoltà scientifica di distinguere la natura grave o lieve dell'errore medico e, conseguentemente, della colpa integrata; 2) la coincidenza solo relativa, tendenziale tra la regola cautelare integrata dalle fonti positive e quella effettivamente idonea a disciplinare lo specifico caso concreto.

Per apprezzare compiutamente le due problematiche citate appare opportuno analizzare distintamente l'istituto della colpa grave ed il rapporto tra fonti positive ed errore medico.

7. LA COLPA GRAVE

La definizione della colpa grave come parametro selettivo della responsabilità penale può considerarsi, specialmente in ambito medico³³⁹, un tema classico³⁴⁰.

Il presupposto dell'analisi, anche alla luce di quanto visto sin qui, è rappresentato dal fatto che *“la sfera dell'attività medica ha ad oggetto un'attività davvero difficile, rischiosa come poche altre; ed appare quindi ragionevole modulare con maggiore attenzione il giudizio tenendo conto della complessità del compito in ogni specifica*

³³⁹ Cfr. sul punto R. BLAIOTTA, secondo cui *“l'ambito della responsabilità medica è il topos per lo studio della colpa grave”*, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa – Testo della relazione al convegno “Reato colposo e modelli di responsabilità” organizzato in Ravenna dall'Associazione Franco Bricola*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 novembre 2012.

³⁴⁰ Vedi sul punto, tra gli altri, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 180

*contingenza e della particolare temperie che il professionista è di volta in volta chiamato ad affrontare*³⁴¹.

Per questa ragione, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate per lungo tempo in ordine alla possibilità di applicare in materia la norma civilistica di cui all'art. 2236 c.c. che, come è noto, nelle attività caratterizzate da problemi tecnici di speciale difficoltà delimita la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

Fino agli anni '70 la giurisprudenza di legittimità era decisamente orientata in senso positivo, fondando proprio sull'art. 2236 c.c. la possibilità di escludere la colpa lieve in campo sanitario.

Il minimo comune denominatore delle pronunce formulate in questo periodo era rappresentato dalla duplice considerazione che la scienza medica non determina in ordine alla medesima patologia un unico criterio tassativo di cura e che nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile. Per questo, si sanciva la necessità di valutare la colpa medica con atteggiamento più indulgente e di conseguenza la si riscontrava solo nei casi in cui la condotta effettivamente tenuta fosse incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che potevano essere legittimamente pretese in capo al sanitario in quella specifica situazione. Il medico, in altri termini, rispondeva solo in caso di errori grossolani, dovuti a macroscopiche carenze strutturali di preparazione teorica e pratica o a violazioni dei basilari principi della scienza medica³⁴². In base a questa impostazione, dunque, l'esclusione della colpa era la regola e l'imputazione colposa l'eccezione.

In dottrina la rilevanza penale dell'art. 2236 c.c. è stata essenzialmente ricondotta ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento giuridico, cioè alla necessità di evitare che comportamenti che non concretizzassero neppure un illecito civile assumessero rilevanza nel più rigoroso ambito penale.

Tale connessione tra le due normative, tuttavia, è stata sottoposta ad importanti precisazioni che la giurisprudenza ha spesso trascurato. In particolare, si ricordava come l'ambito applicativo dell'art. 2236 c.c. fosse circoscritto alle prestazioni

³⁴¹ R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa – Testo della relazione al convegno “Reato colposo e modelli di responsabilità” organizzato in Ravenna dall'Associazione Franco Bricola*, cit.

³⁴² D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit. e Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1968, Chiantese, in *Cass. pen.*, 1969, p. 1077; ID, 26 aprile 1983, Andreini, in *Riv. pen.*, 1984, p. 482.

connotate da speciali difficoltà tecniche e come dunque la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave avrebbe dovuto riguardare l'ambito della perizia e non anche quelli della prudenza e della diligenza.

La giurisprudenza di legittimità, però, ha spesso trascurato le condizioni di efficacia del parametro selettivo di cui all'art. 2236 c.c., elevandolo a referente normativo per la esclusione della rilevanza penale della colpa lieve nel campo sanitario non solo nei casi di imperizia caratterizzati, in quanto tali, da problemi tecnici di speciale difficoltà, ma nell'intero ambito della colpa generica.

In quest'ottica, la disposizione in esame aveva finito per sollevare motivate perplessità in rapporto al principio costituzionale di uguaglianza: la responsabilità professionale, ed in particolare la responsabilità medica a cui la norma era pressoché esclusivamente applicata, pareva infatti godere di un trattamento del tutto privilegiato rispetto ai generali criteri di imputazione del reato colposo³⁴³.

Chiamata a pronunciarsi nel 1973 a questo specifico proposito³⁴⁴, la Corte Costituzionale ha sostanzialmente recepito l'impostazione dottrinale, affermando che dalla lettura congiunta degli artt. 589, 42 e 43 c.p. e 2236 c.c. fosse ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti le professioni intellettuali finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: evitare di mortificare l'iniziativa del sanitario sottoponendolo alla costante pressione di una possibile sanzione in caso di insuccesso, da un lato, ed evitare di appiattare lo standard di diligenza mediante un atteggiamento eccessivamente indulgente, dall'altro.

Ad avviso dei giudici delle leggi, in particolare, il regime derogatorio dell'articolo 2236 c.c. doveva ritenersi giustificato non solo in ragione del fatto che la situazione ivi disciplinata rispondeva a caratteristiche obiettivamente, e dunque di per sé non arbitrarie e discriminatorie, ma anche in virtù della portata assai circoscritta della deroga: il tenore letterale della norma, infatti, ne imponeva l'applicazione alla sola ipotesi di imperizia e non anche in quelle di imprudenza e negligenza, rispetto alle quali *“ogni giudizio non (avrebbe potuto) che essere improntato a criteri di normale severità”*.

In virtù di questa decisione, per circa un decennio la giurisprudenza ha cercato di distinguere i casi di responsabilità medica derivante da imperizia, limitandone il

³⁴³ D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit.

³⁴⁴ Corte Costituzionale, n. 166 del 28 novembre 1973 (in *Giur. Cost.*, 1973, pp. 1795 ss.).

giudizio di colpa alle sole ipotesi di errori macroscopici, da quelli di negligenza e imprudenza, per i quali sarebbe stata sufficiente una colpa anche lieve³⁴⁵.

La progressiva presa di coscienza della difficoltà di distinguere volta per volta la natura della colpa integrata e soprattutto l'abbandono della relazione autoritaria e paternalistica – illustrata nella prima del presente lavoro – che ha connotato il rapporto medico paziente fino alla metà degli anni '80, hanno comportato un profondo mutamento dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario e la conseguente esclusione di qualsiasi rilevanza dell'art. 2236 c.c. in materia penale. La colpa professionale, così, è stata valutata sempre e comunque in base alle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 c.p.

Per giungere ad una simile conclusione, si è sostenuto che la condotta colposa penalmente rilevante offende beni primari, quali la vita e la salute, ed è pertanto irriducibile al ben più limitato ambito applicativo dell'art. 2236 c.c. riguardante la disciplina del risarcimento del danno qualora la prestazione professionale comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Improprio, in altri termini, appariva il riferimento ad un criterio di natura economica per disciplinare il giudizio di condotte lesive di beni fondamentali.

La delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2236 c.c. entro questi ristretti confini, inoltre, escludeva secondo l'orientamento in esame che la norma potesse essere applicata all'ambito penale sia in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, che in via analogica, per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi vigenti in materia³⁴⁶.

Altra parte della giurisprudenza è approdata ad analoghe conclusioni in base alla diversa argomentazione che il precedente orientamento avrebbe permesso all'art. 2236 c.c. di incidere “*sulla previsione normativa delle cause di non punibilità (o rectius delle cause di esclusione della illiceità penale), arbitrariamente aggiungendone una alle ipotesi tassativamente previste dall'ordinamento penale*”.

³⁴⁵ In questo senso, ad es., Cass., Sez. IV pen., 2 ottobre 1990-6 novembre 1990, n. 14446, inedita. Cass., Sez. IV pen., 23 agosto 1994-24 novembre 1994, in Cass. Pen., 1996, p. 825.

³⁴⁶ Cass., Sez. IV pen., 28 ottobre 2008-17 dicembre 2008, n. 46412, inedita; negli stessi termini, Cass., Sez. IV pen., 21 giugno 2007-26 ottobre 2007, n. 39592, inedita; Cass., Sez. IV pen., 16 giugno 2005-29 luglio 2005, n. 28617, inedita.

Sulla base di queste premesse, è stata rivendicata la necessità di utilizzare criteri esclusivamente penalistici per l'imputazione colposa in virtù della pacifica e assoluta autonomia del sistema penale da quella di altri rami dell'ordinamento³⁴⁷.

All'art. 2236 c.c., così, è stato riconosciuto il ruolo di parametro utile a quantificare la rimproverabilità dell'errore medico ai fini della determinazione della pena³⁴⁸.

Una parte della dottrina ha avallato questa impostazione precisando che l'indagine sulla colpa medica in materia penale avrebbe dovuto necessariamente rimanere ancorata a criteri ordinari di accertamento in relazione alla natura, alle caratteristiche ed al livello di prestazioni esigibili dall'agente, perché la legislazione vigente non era compatibile con una diretta estensione al settore penale della causa di esclusione della responsabilità di cui all'articolo 2236 c.c. La portata derogatoria di quest'ultima rispetto ai principi generali vigenti in tema di responsabilità civile, infatti, la renderebbe a tutti gli effetti una norma eccezionale applicabile, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, ai soli casi e tempi in essa considerati.

A questa conclusione, però, si è contrapposto un orientamento favorevole all'impiego dell'art. 2236 c.c. nella delimitazione dell'ambito di rilevanza penale della colpa medica e fondato su un argomento destinato a prevalere su tutti gli altri.

L'impostazione assunta dall'indirizzo giurisprudenziale prevalente, si è infatti osservato, determinava necessariamente una contraddizione interna ed insanabile all'ordinamento giuridico rappresentata dall'ammissibilità di un reato produttivo di danno, ai sensi dell'art. 185 c.p., ma non risarcibile in assenza dei presupposti della fattispecie di responsabilità civile³⁴⁹.

³⁴⁷ In senso contrario, però, si rileva che con una pronuncia assai recente la Suprema Corte sembra invece aver operato una certa apertura verso l'utilizzo dell'art. 2236 c.c. nell'ambito della valutazione della responsabilità penale del medico, riconoscendo alla richiamata disposizione del codice civile una sua indiretta funzione ermeneutica. Invero, pur avendo preventivamente affermato che, di principio, i parametri valutativi della colpa penale debbono ricercarsi all'interno del sistema penale, e non già ricorrendo a disposizioni ad esso estranee, quali appunto l'art. 2236 c.c., i giudici di legittimità hanno poi ammesso che la suddetta norma civile possa comunque trovare considerazione anche in tema di responsabilità penale del medico là dove "il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà", e ciò "non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia" (Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007, dep. 26 ottobre 2007, n. 39592, imp. Buggè, inedita). In precedenza, isolatamente, Cass. pen., 10 maggio 1995, Salvati, in *Resp. civ. prev.*, 1995, p. 903.

³⁴⁸ Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2002, Amato, in *Riv. pen.*, 2003, p. 110; id., 2 luglio 2002, Covoni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3409.

³⁴⁹ In questo senso, in particolare, M. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1296; v. anche F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., pp. 1229 ss.; G. MARTIELLO, *La responsabilità penale del medico tra*

Un esito, come è evidente, non solo intrinsecamente incoerente, ma anche e soprattutto contrario ai principi di *extrema ratio*, sussidiarietà e frammentarietà a cui dovrebbe ispirarsi l'illecito penale.

Inoltre, si è osservato che utilizzare canoni civilistici in materia penale non significa trasporre criteri di valutazione della colpa da un ramo dell'ordinamento all'altro o sovrapporre due concetti di colpa pacificamente distinti, ma semplicemente assicurare il medesimo giudizio di liceità di una data condotta in virtù della necessaria coerenza e unitarietà del concetto di antigiuridicità dell'intero ordinamento giuridico³⁵⁰.

7.1. LA COLPA GRAVE E LA PROBLEMATICAZIONE INDIVIDUAZIONE DI UN CRITERIO IDONEO A DISTINGUERLA DALLA COLPA LIEVE

Alla luce del sintetico *excursus* storico appena concluso in merito all'istituto della colpa grave nella responsabilità penale del medico, dovrebbe risultare evidente la necessità di selezionare un'area della colpa circoscritta, nei settori di attività caratterizzati da speciale tecnicismo, agli errori più evidenti.

In base a quanto detto in merito ai rapporti tra scienza medica e diritto penale, inoltre, l'esigenza selettiva dovrebbe apparire più che mai avvertita proprio nell'ambito della responsabilità del sanitario per la grave incertezza che affligge il sapere scientifico in materia e la conseguente necessità di selezionare un ambito al suo interno in cui le violazioni possano apparire incontestabili.

punti (quasi) fermi e responsabilità professionale in medicina, cit., pp. 349 ss.; G. IADECOLA, voce *Colpa professionale (dir. pen.)*, cit., pp. 961 ss.; P. PIERRI, *Riflessioni in tema di applicabilità dei principi dell'art. 2236 c.c.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 179 ss..

³⁵⁰ G. IADECOLA, voce *Colpa professionale (dir. pen.)*, cit., p. 962; in questo senso si veda, peraltro, Cass., Sez. IV pen., 21 giugno 2007-26 ottobre 2007, n. 39592, in *Riv. pen.*, 2008, p. 842, secondo cui "l'art. 2236 c.c. può trovare applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà". Per una recente e approfondita analisi sulla possibilità di restringere, *de lege lata e de lege ferenda*, la responsabilità medica alle ipotesi di dolo e colpa grave, vedi D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 529 ss.; per una articolata proposta di riforma cfr. FORTI-CATINO-D'ALESSANDRO-MAZZUCATO-VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva: una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

Se tutto questo è vero, però, non si deve commettere l'errore di sopravvalutare il problema o addirittura fondare, come ha fatto il legislatore della riforma, due modelli di responsabilità alternativi a seconda della natura grave o lieve dell'errore commesso.

Come è stato sottolineato prima di tutto dalla stessa letteratura medica, infatti, il concetto stesso di errore medico – e dunque a maggior ragione la possibilità di una sua graduazione – risulta estremamente problematico da definire e valutare.

Sul punto, è sufficiente ricordare come le patologie che vengono sottoposte all'attenzione del medico non sono sempre manifeste sin dall'inizio. Se è vero che in molti casi si possono palesare con sintomi oggettivi rilevabili in quanto tali dal medico mediante l'osservazione clinica esterna o quella interna realizzata con la metodologia clinica fisica o con i numerosi strumenti tecnologici disponibili, in moltissimi altri casi si possono manifestare invece solo attraverso sintomi soggettivi riferiti dal paziente e dunque estremamente incerti. Ancora, molte malattie hanno decorso acuto o subacuto e si concludono con la completa guarigione a seguito di interventi terapeutici oppure per evoluzione spontanea; altre malattie, invece, hanno andamento cronico. Ancora e soprattutto, molto spesso una specifica patologia coesiste nel medesimo organismo con altri stati morbosi di varia natura ed entità.

Le complicanze possono essere spontanee, rappresentando la naturale evoluzione del quadro clinico, oppure determinate da un autonomo aggravamento dovuto a cause del tutto estranee alla patologia oggetto di trattamento e che può condurre a sua volta ad una nuova patologia. Il problema, come è prevedibile, è rappresentato in queste ultime ipotesi dall'accertamento della loro autentica origine: *“se si tratti cioè di complicanze quale conseguenza di una fortuita ed imprevedibile reazione individuale oppure se siano dipendenti da un errore commissivo od omissivo, che, a sua volta, può essere dovuto a colpa del sanitario oppure essere una conseguenza di fatto inevitabile, perché connaturata alla rischiosità propria dell'attività medica, ricompresa tra le reazioni avverse ai trattamenti medico chirurgici”*³⁵¹.

In base a questo rapidissima sintesi delle principali difficoltà che si pongono nella corretta identificazione e cura di una patologia, dovrebbe risultare evidente che il medico ha una visione molto parziale dei relativi sintomi utili a riconoscerla con

³⁵¹ A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009.

certezza, le possibili cause che l'hanno cagionata ed infine le possibili conseguenze delle sue scelte.

La erroneità di queste ultime, di conseguenza, potrà assumere natura fortuita, in quanto non prevedibile in concreto, oppure evitabile ma giustificabile ed infine ingiustificabile e dunque penalmente rilevante³⁵².

Tra l'una e l'altra delle tre possibili soluzioni, come è intuibile, si pongono le moltissime situazioni intermedie in cui l'errore, pur evitabile secondo una valutazione medico legale a posteriori, potrebbe comunque essere giustificabile nella concreta realtà del caso clinico. Si pensi, a questo proposito, al metodo di indagine della c.d. diagnosi differenziale, in cui si procede escludendo progressivamente le varie alternative per giungere a quella più plausibile.

Ebbene, è evidente che un metodo del genere parte dalla prospettazione di molteplici alternative tutte erranee e che tuttavia è doveroso delineare per selezionare alla fine quella che appare più idonea a risolvere il caso concreto.

Dall'esempio appena proposto emerge come l'errore sia parte integrante, addirittura necessaria, fisiologica, dell'attività medica, e solo una selezionata parte di esso rappresenta quella che interessa davvero al diritto penale. Inoltre, non può essere dimenticato quanto detto nell'analisi delle linee guida, e cioè che la definizione di un modello di condotta "corretta" a cui il medico avrebbe potuto conformarsi sconta sempre un margine più o meno ampio di discrezionalità del singolo operatore sanitario per l'adeguamento della regola al caso di specie e che può anche condurre, come ricordato, al drastico scostamento dalla prescrizione generale ed astratta in base a considerazioni spesso del tutto opinabili.

Questo margine di fisiologica discrezionalità, in cui cioè il medico ha non solo il diritto, ma il dovere di assumere decisioni che per le peculiarità che

³⁵² *Ibidem*, p. 350: "un comune esempio della prima ipotesi (errore fortuito) è rappresentato dalla reazione avversa ad un farmaco che viene somministrato in quanto indicato per una determinata malattia. Si tratta di una reazione anomala prevedibile in astratto in quanto riportata in letteratura ma non in concreto in quel determinato caso. Si configura invece un errore evitabile qualora il medico, in base a notizie anamnestiche positive circa una ipersensibilità specifica del paziente oppure al rilievo obiettivo che le condizioni di salute di questo sono tali da non sopportare la tossicità, decide comunque di somministrare un dato farmaco. Nel primo caso si tratta di un errore di fatto incolpevole, mentre nel secondo caso si tratta di un errore vero, cioè in senso stretto, inteso come "infrazione di una regola" in accordo, peraltro, al significato di errore che si rinviene nei comuni dizionari. Soltanto questo secondo tipo di errore (errore "vero") merita di essere oggetto di valutazione medico legale per l'eventuale rilevanza giuridica che possiede se in nesso causale con una conseguenza di pertinenza penale e civile".

contraddistinguono ciascun caso possono essere considerate pressoché uniche e irripetibili, rende estremamente problematica la definizione dell'errore medico³⁵³.

8. PRIMA CRITICA ALLA IMPOSTAZIONE DELLA RIFORMA: LA CONVIVENZA DI DUE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ MEDICA PENALMENTE RILEVANTI E DISTINTE IN BASE ALLA GRAVITÀ DELL'ERRORE

Alla luce di queste considerazioni, piuttosto perplessi lascia la scelta del legislatore della riforma di prevedere due modelli alternativi di responsabilità distinti in base 1) alla gravità dell'errore commesso, nonché 2) alla sua commissione nell'ambito di una condotta complessivamente aderente alle fonti positive oppure ad esse difforme. Aniché selezionare un'unica area di errore medico circoscritta alle sole ipotesi più evidenti al fine di limitare la incertezza scientifica che connota la materia e la fin troppo ampia discrezionalità del giudice, infatti, la soluzione escogitata rimette invece proprio a quest'ultimo l'onere di addentrarsi *a tutto campo* nelle più tecniche ed instabili disquisizioni scientifiche per stabilire se nel caso di specie si versi in un'*ipotesi colpa lieve rilevante in quanto derivata da una scelta diversa da quella prescritta dalle regole cautelari positive*, oppure si versi in un'*ipotesi di colpa grave rilevante in caso di adeguamento ad esse*.

La conformità della condotta alle prescrizioni, dunque, non svolge una mera funzione processuale, imponendo di presumere la diligenza del medico, ma esprime efficacia ancor prima sul piano sostanziale, ritagliando l'ambito della responsabilità medica.

Aniché semplificato, quindi, il giudizio sulla colpa medica esce dalla riforma più sofisticato di prima, perché la delimitazione dell'area penalmente rilevante dell'errore non è assoluta, ma condizionata all'ulteriore e delicato accertamento

³⁵³ *Ibidem*, p. 355: “le regole della professione medica sono indicate spesso, sinteticamente, come *leges artis*, ma è ovvio che non si tratta di ‘leggi’ vere e proprie, cioè di regole fisse, bensì di indicazioni di massima, a carattere prevalentemente orientativo, da adattarsi ai singoli casi e, per di più, mutevoli nel volgere di anni in base alla continua evoluzione della pratica medica. La loro natura è eterogenea, gravata da ampi margini di incertezza, di opinabilità e di opzionalità e quindi assai spesso priva delle caratteristiche di una vera e propria regola la cui violazione, sia commissiva che omissiva, configura errore non giustificabile (...). È anche per questa ragione che è, di fatto, insanabile il progressivo viraggio del diritto giurisprudenziale verso l’obbligo di risultato (...). Ogni malattia non è sempre clinicamente manifesta fin dall’inizio”.

relativo allo scostamento della condotta effettivamente tenuta dalle prescrizioni imposte dalle regole cautelari positive. Non già filtro selettivo a monte per circoscrivere preliminarmente la responsabilità medica, ma ulteriore elemento di accertamento da leggere in relazione all'aderenza della condotta alle linee guida e alle *best practices*.

Inoltre, non risolve ma anzi accentua le differenze – e le possibili contraddizioni – tra disciplina civile e penale che la riforma si proponeva esplicitamente di risolvere: residuando un'ipotesi di colpa lieve nel caso in cui la condotta sia difforme dalle regole cautelari positive, infatti, può ancora accadere – al pari della disciplina antecedente alla riforma – che una medesima ipotesi sia considerata penalmente rilevante ma insuscettibile, per la natura lieve dell'errore commesso, di fondare un diritto al risarcimento del danno.

9. SECONDA CRITICA ALL'IMPOSTAZIONE DELLA RIFORMA: LA SCELTA DI INDIVIDUARE NELLE FONTI POSITIVE IL CRITERIO PER SELEZIONARE L'AREA PENALMENTE RILEVANTE DELL'ERRORE

Come visto, il legislatore della riforma non ha soltanto disciplinato due ipotesi distinte di responsabilità medica connotate dalla gravità dell'errore commesso, ma ha anche individuato l'adeguamento della condotta alle linee guida ed alle *best practices* come criterio valutativo per capire in quale delle due responsabilità ci si muova.

Le perplessità che suscita una tale scelta dovrebbero emergere spontaneamente alla luce delle considerazioni svolte in ordine alla profonda precarietà che connota la materia delle regole cautelari ed in particolare il loro impiego nella valutazione colposa.

Linee guida e *best practices* sono strumenti utilissimi, come ampiamente ribadito; del tutto legittima, se non addirittura doverosa, appare quindi la loro valorizzazione.

Se questo è vero, però, è altrettanto vero che non si possono tacere i tanti limiti che connotano le due fonti, ed in particolare le linee guida, analizzati nella seconda parte del presente capitolo. In particolare, non può dimenticarsi che la definizione di un

modello di condotta a cui il medico avrebbe potuto conformarsi lascia residuare sempre e *necessariamente* un margine più o meno ampio di discrezionalità del singolo operatore sanitario che può anche condurre, come ricordato, al drastico e *doveroso* scostamento della scelta specifica rispetto a quanto suggerito dalla prescrizione generale ed astratta.

Per questo, non solo sproporzionato, ma più propriamente *erroneo* appare l'automatismo con cui il legislatore ha fatto derivare la produzione di effetti sostanziali – la limitazione dell'ambito della responsabilità penale – dall'accertamento della conformità ad esse della condotta concretamente tenuta dal sanitario. In questo modo, infatti, si fa dipendere da una variabile del tutto esterna alla condotta del medico e puramente eventuale – la coincidenza tra la condotta concretamente doverosa e quella prescritta dalla linea guida – il grado della colpa di cui questi sarà chiamato a rispondere.

L'incertezza della scienza che la selezione della colpa grave come unico parametro valutativo avrebbe potuto probabilmente risolvere o comunque contenere entro limiti più coerenti con i principi di determinatezza e tassatività, così, finisce per riespandersi e soprattutto gravare integralmente sulla scelta del medico.

Immedesime le conseguenze di una simile impostazione: di fronte ad una alternativa implicante ripercussioni di natura sostanziale – l'area della colpa di cui potrebbe essere chiamato a rispondere – il medico sarà incentivato a conformarsi acriticamente alle prescrizioni generali ed astratte perché, così facendo, guadagnerà automaticamente la possibilità di rispondere per un errore molto più circoscritto di quello derivante dallo scostamento più coraggioso da esse.

Anche in questo caso, dunque, si configura il rischio che l'applicazione letterale della riforma porti ad un risultato probabilmente opposto a quello che intendeva perseguire il legislatore: la scelta di fondare in materia una presunzione di diligenza che produca la conseguenza sostanziale di circoscrivere l'area penalmente rilevante dell'errore, infatti, accolla al medico l'onere di scegliere se adeguarsi passivamente alle prescrizioni cautelari e rispondere solo per colpa grave, oppure discostarsi coraggiosamente da esse nell'interesse del paziente, ma accettando il rischio di commettere un errore che, pur essendo lieve, è comunque penalmente rilevante per il solo fatto di conseguire allo scostamento.

Ben più adatta – e probabilmente anche semplice da definire – sarebbe apparsa invece una presunzione di diligenza esclusivamente *processuale* idonea ad escludere automaticamente la responsabilità medica in caso di condotta conforme alle regole di diligenza, ma altrettanto capace di cedere di fronte alla dimostrazione della maggiore adeguatezza della condotta effettivamente tenuta rispetto alle prescrizioni vigenti in materia. Su questo, però, si tornerà tra poco.

10. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E POSSIBILE SOLUZIONE ALTERNATIVA

Le considerazioni sin qui esposte permettono di formulare un giudizio sostanzialmente positivo nei confronti della recente riforma legislativa soprattutto per il richiamo esplicito alla colpa grave idoneo a spazzare via le obiezioni di carattere formale fondate sulle difficoltà di estendere la disciplina civilistica all'ambito penale per la sua natura speciale e derogatoria.

Se questo è vero, però, alla luce dei limiti strutturali che, quantomeno a parere di chi scrive, affliggono l'attuale testo della riforma, forse più semplice e snella sarebbe apparsa una disciplina diversa e strutturata in tre parti strettamente connesse l'una all'altra: la prima, di carattere sostanziale, finalizzata a selezionare la colpa grave come *unico ambito* entro il quale può assumere rilevanza penale la responsabilità medica e dunque indipendentemente dall'adeguamento del medico alle regole cautelari vigenti al momento della condotta; la seconda, di carattere *processuale*, finalizzata a fondare una presunzione di diligenza *relativa* nei confronti delle condotte aderenti alle linee guida e *best practices*; la terza, di carattere *probatorio*, finalizzata ad accollare sul pubblico ministero l'onere di dimostrare le ragioni della inadeguatezza della regola cautelare a cui si è rifatto il medico nella sua scelta, qualora questa fosse difforme da quella indicata nelle fonti positive.

Analizziamo distintamente ciascun aspetto.

10.1. LA COLPA GRAVE COME UNICO CRITERIO DI DELIMITAZIONE DELL'AREA PENALMENTE RILEVANTE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

Come detto, la prima parte di una possibile rivisitazione della disciplina attualmente vigente dovrebbe riguardare l'istituto sostanziale della colpa grave.

Anziché condizionarne l'efficacia selettiva a variabili instabili come linee guida e *best practices*, infatti, probabilmente più opportuno sarebbe imporlo come *unico* parametro per fondare la responsabilità colposa del medico.

In questo modo, infatti, il relativo accertamento sarebbe necessario non già per valutare in quale ambito della responsabilità penale – colpa lieve o colpa grave – ci si muova, ma molto più semplicemente per accertare se la responsabilità penale sussista o meno. L'istituto della colpa grave assolverebbe, così, alla funzione di strumento di semplificazione del giudizio colposo anziché di sofisticazione, perché, anziché porsi come *variabile ulteriore* interna al giudizio colposo da leggere insieme alle altre, rappresenterebbe un *filtro preliminare* per valutare la consistenza dell'errore commesso e stabilire di conseguenza l'opportunità di approfondire il giudizio.

La semplificazione del giudizio così strutturato sarebbe percepibile sia in un'ottica sostanziale che processuale.

Quanto a quest'ultima, l'identificazione della colpa grave come *unico* parametro di selezione della responsabilità medica imporrebbe all'accusa di operare già in fase di indagini una selezione molto rigorosa degli errori da sottoporre all'attenzione del giudice e, dunque, delle regole cautelari idonee a disciplinarli. In questo modo, si eviterebbe l'ingresso nel processo penale di una gamma vastissima di regole cautelari e di problematiche tecniche di difficile soluzione.

L'attuale riforma, al contrario, prevedendo due parallele forme di responsabilità colposa e condizionandole alla conformità della condotta alle fonti positive, impone di rimettere al giudice qualsiasi considerazione relativa alla gravità dell'errore alla luce di tutte le informazioni acquisite nel corso delle indagini.

Dal punto di vista sostanziale, ed in stretta connessione con quanto appena osservato, la selezione degli errori più macroscopici rende anche più immediata ed obiettiva la riconoscibilità della regola cautelare più adeguata in quella specifica situazione. La

natura grave dell'errore commesso, infatti, deriva esclusivamente dalla differenza tra la scelta assunta e quella prescritta da un sapere talmente condiviso e sedimentato da non ammettere dubbi.

Di conseguenza, verrebbero meno o comunque sarebbero profondamente ridimensionati i molti problemi analizzati fino ad ora e relativi al rapporto di tensione tra incertezza della scienza e certezza del diritto penale: residuando nell'area di rilevanza penale solo le ipotesi di errore più macroscopico e dunque incontestabile, pacifico, autoevidente, infatti, la individuazione della regola cautelare esistente al momento del fatto sarebbe immediata e dunque, conformemente alle esigenze dell'ordinamento penale, certa.

10.2. LA PRESUNZIONE RELATIVA DI DILIGENZA

Il secondo elemento costitutivo dell'alternativo modello di giudizio colposo potrebbe essere caratterizzato, come accennato, da una presunzione di diligenza simile a quella introdotta dalla riforma, ma con effetti esclusivamente processuali.

Come detto, del tutto condivisibile appare la valorizzazione delle regole cautelari positive nella ridefinizione della colpa medica. Anziché richiamarle genericamente mediante il riferimento alle categorie delle linee guida e delle ben più sfuggenti migliori pratiche per farne poi derivare conseguenze sostanziali dirompenti, però, forse più opportuna sarebbe stata una loro preliminare e più precisa distinzione fondata sul grado di vincolatività che ciascuna tipologia di regole è in grado di esprimere.

Nell'analisi del ruolo che può legittimamente essere attribuito alle regole cautelari positive, infatti, occorre innanzitutto evitare superficiali confusioni tra linee guida, protocolli e *checklists*.

Come accennato, le tre fonti sono espressione di un sapere medico cristallizzato in proposizioni la cui violazione può costituire, a condizioni diverse, la fonte di un rimprovero per colpa.

Tra loro, però, esistono importanti differenze.

La prima è data dal carattere indicativo/orientativo delle linee guida e imperativo/tassativo di protocolli e *checklists*. Le linee guida, in altri termini, disciplinano una regola cautelare che può astrattamente discostarsi dalla diligenza richiesta dalla gestione del caso concreto e quindi se ne può predicare la loro riconducibilità solo “eventuale” alla *species* delle discipline. I protocolli e le *checklist*, invece, sembrano rientrare a maggiore titolo nella categoria delle discipline e appartenere saldamente al dominio della colpa specifica perché, come visto, esulano da obiettivi economici di contenimento di spesa e quindi vincolano in modo ferreo il destinatario introiettando consolidati giudizi “puri” di prevedibilità ed evitabilità dell’evento.

Di conseguenza, mentre è condivisibile concludere che un’applicazione routinaria o spensierata delle linee guida non salva automaticamente dall’addebito di colpa, altrettanto non può dirsi per i protocolli ed in particolare per le *checklists*: proprio perché funzionali ad essere applicati in modo routinario per facilitare le più complesse attività successive, un eventuale scostamento dalla loro meccanica applicazione esprime l’infrazione di una sequenza e rappresenta quindi la violazione di una regola cautelare.

Questo ovviamente non comporta, come pure una parte della giurisprudenza ha paventato, il ritorno ad una colpa appiattita³⁵⁴ sulla mera violazione del parametro comportamentale. Al contrario, l’accertamento dello scostamento dal protocollo rappresenterà solo il primo passo per l’elaborazione del giudizio di colpa in base ai tradizionali canoni esaminati nei primi capitoli della seconda parte del presente lavoro.

Le considerazioni appena svolte permettono, a parere di chi scrive, di approdare ad una prima importante conclusione circa il ruolo a cui linee guida e *checklists* possono effettivamente ambire nel giudizio colposo.

Per quanto riguarda le prime, innanzitutto, l’adeguamento ad esse da parte del medico dovrebbe fondare una vera e propria presunzione di diligenza processuale che potrebbe essere vinta non già dalla semplice definizione giudiziale di una regola cautelare secondo i canoni della colpa generica, ma solo mediante l’indicazione di

³⁵⁴ D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, cit., pp. 971 ss.

una regola cautelare altrettanto certa e reperibile, nonché la prova che l'adeguamento ad essa avrebbe evitato l'evento lesivo.

Se dunque può tutto sommato ed in linea di massima ritenersi accettabile, per quanto sin qui illustrato, che residui sempre la possibilità per il giudice di valutare la condotta del medico *“alla luce del parametro dell'agente modello, e di censurarne l'appiattimento sulle linee-guida qualora le leges artis imponessero di integrarne-rovesciarne il contenuto”*³⁵⁵, deve essere però precisato che questo rovesciamento dovrebbe essere possibile solo con la prova della esistenza di un'altra norma che, seppur non codificata e quindi di matrice sociale al pari di quelle che caratterizzano la colpa generica, possa 1) essere equiparata alla prima per l'efficacia vincolante che riscuote grazie alla sua validità scientifica e penetrazione nella comunità medica di riferimento³⁵⁶, nonché 2) rappresentare un parametro effettivamente migliore nel caso di specie per la sua capacità di evitare l'evento.

³⁵⁵ Cfr. sul punto G. MARTIELLO, per cui *“la questione che si pone all'interprete è, principalmente, quella di stabilire la vincolatività o meno delle suddette guide-lines. Sul punto, è infatti affermazione ricorrente nella giurisprudenza anglosassone già dagli anni cinquanta del secolo scorso quella secondo cui il medico può andare esente da responsabilità là dove risulti che egli abbia eseguito il trattamento previsto dalla linea-guida, ovvero ne abbia praticato un altro disciplinare terapeutico accreditato dalla letteratura scientifica: eventualità, quest'ultima, che si ammette al fine di non vincolare eccessivamente l'opera del sanitario. È peraltro importante segnalare che nei paesi anglosassoni le linee-guida hanno usualmente una valenza presuntiva soltanto in bonam partem per il medico, nel senso che mentre il loro rispetto fa presumere l'assenza di responsabilità, la loro violazione non produce la presunzione opposta”*, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 347.; M. CAPUTO, *“Filo D'Arianna” o “flauto magico”?*, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit. Vedi sul punto anche Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in cui si precisa come *“una vasta letteratura internazionale e lo stesso esercizio dell'attività giudicante nel merito mostrano che la valutazione dell'attendibilità degli enunciati della scienza è aperta a vari pericoli: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali o occulte tra i membri di una comunità scientifica; il carattere distruttivo delle affermazioni scientifiche che si sviluppa nella dialettica dibattimentale, particolarmente nel processo accusatorio; la complessità e la drammaticità di alcuni grandi eventi e la difficoltà di esaminare i fatti con uno sguardo neutro dal punto di vista dei valori; la provvisorietà e mutuabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche. Tale situazione rende chiaro che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico”*.

³⁵⁶ In direzione opposta alla soluzione qui proposta si pone, invece, Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, n. 8254: una volta stabilito, diversamente da quanto previsto dalle linee guida, che il paziente con un complesso quadro clinico non andava dimesso, la pronuncia non precisa quale sarebbe stato il comportamento alternativo lecito ovvero dopo quanto tempo e con quali cautele il medico avrebbe potuto dimettere il paziente senza incorrere in una violazione della *lex artis*.

In assenza di questa dimostrazione, sarebbe corretto ritenere che la linea guida a cui il medico dimostra di essersi adeguato nella scelta terapeutica coincida con lo *standard of care*.

Ragionando diversamente, ogni eventuale condanna eluderebbe “*il mandato perfezionativo della tipicità che il precetto colposo riversa sul giudice*”³⁵⁷ e si svuoterebbe di significato la importante differenza tra le regole cautelari che connotano la colpa specifica e quelle tipiche della colpa generica. Come è stato puntualmente osservato, infatti, “*mentre la colpa generica si fonda sul ricorso a norme esperienziali alle quali è sottesa una dimensione sociologica, e che tendono a orientare il comportamento secondo criteri di normalità, le norme scritte puntano, viceversa, a selezionare classi di rischi, a fornire cioè una più puntuale descrizione del rischio associabile a una situazione di fatto. Ci si affida, perciò, alle regole positive per disciplinare aree di rischio sostanzialmente omogeneo, in cui la ripetitività dei comportamenti, la rilevanza dei beni in gioco e l'affinarsi delle conoscenze consentono una migliore selezione dei rischi da prevenire e contenere*”³⁵⁸.

Le considerazioni sin qui formulate per le linee guida devono valere, a maggior ragione, per protocolli e *checklists*.

Nella c.d. colpa protocollare, infatti, la tassativa ed inderogabile procedimentalizzazione dell'attività implica che il salto anche di un solo anello della catena predeterminata di azioni fonda pressoché automaticamente la violazione di una cautela necessaria. Questa constatazione, lo si ribadisce, non implica a sua volta la automatica integrazione della colpa medica. Come ampiamente analizzato nella prima parte di questo lavoro, infatti, la certa violazione di una regola cautelare non è sufficiente ad imputare l'evento a titolo di colpa, stante la necessità di sviluppare ulteriormente il giudizio circa la riconducibilità dell'evento nella classe di quelli che il protocollo era finalizzato ad evitare e la ulteriore dimostrazione che il rispetto del protocollo avrebbe permesso di evitarlo.

³⁵⁷ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 257.

³⁵⁸ M. CAPUTO, “*Filo D’Arianna*” o “*flauto magico*”? *linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit.

Resta intatta, in altri termini, la possibilità che l'imputazione per colpa si inceppi al cospetto delle ulteriori e doverose verifiche circa la concretizzazione del rischio, la causalità della colpa e la misura soggettiva.

Se è dunque vero che la violazione di uno dei passaggi che compongono la *checklists* non determina automaticamente un errore generativo di un evento avverso, è però altrettanto vero che segnala l'esistenza di un c.d. evento sentinella che sarebbe pericoloso ignorare.

La colpa derivante dalla violazione di protocolli e *checklists*, dunque, a parere di chi scrive non può essere semplicisticamente assimilata alla colpa derivante dalla violazione di linee guida, perché rifacendosi a discipline tassative e inderogabili integra a tutti gli effetti un'ipotesi di colpa specifica pura. Di conseguenza, è semplicemente infondata la posizione della giurisprudenza finalizzata ad assimilare protocolli e linee guida in un unico giudizio di colpa generica in cui entrambe le fonti rappresentano solo lo spunto per la più ampia valutazione peritale. I protocolli e le *checklists*, infatti, sono irriducibili in questo approccio valutativo perché, essendo inderogabili, non sono connotati da quel margine di discrezionalità tipico delle linee guida ed idoneo a ricondurle, secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale, nell'ambito della colpa generica.

Sconteranno, invece, un limite qualitativamente diverso: proprio perché finalizzati ad escludere gli errori derivanti dalla ripetitività di determinate operazioni propedeutiche all'analisi dei problemi clinici più complessi, il loro ambito di operatività sarà più limitato rispetto a quello della colpa derivante dalla violazione delle linee guida, perché riguarderà solo una parte più circoscritta degli errori astrattamente prospettabili nell'ambito della professione medica.

10.3. L'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA NELLA INDICAZIONE DELLE RAGIONI A SOSTEGNO DELLA INADEGUATEZZA DELLA REGOLA CAUTELARE UTILIZZATA

L'ultimo elemento utile a rifondare la responsabilità colposa del medico assume, come accennato, natura probatoria.

La riforma legislativa, come visto, impone al giudice di selezionare l'area di responsabilità penale in base alla conformità della condotta concretamente tenuta dal medico alle fonti cautelari positive.

In questo quadro, l'accusa pare avere gioco facile nella prova della colpa medica, dal momento che si deve limitare a prendere atto dell'evento lesivo, accertare la condotta del medico e confrontarla con le fonti cautelari positive disponibili al momento della condotta. Se entrambe le variabili coincideranno, potrà comunque addebitare la responsabilità al medico nel caso in cui reputi che l'errore sia grave. Nel caso in cui invece la condotta effettivamente tenuta sia difforme da quella prescritta dalle fonti positive, invece, sarà sufficiente dedurre la circostanza nel processo per ottenere un primo dato particolarmente sintomatico della sussistenza di un profilo di colpa e soprattutto l'automatica estensione della responsabilità alla colpa lieve.

Ebbene, una simile impostazione potrebbe essere pienamente condivisibile in un contesto di colpa specifica particolarmente stringente, in cui cioè, al pari delle regole in tema di circolazione stradale, le regole cautelari assumono natura certa, vincolante e tendenzialmente inderogabile. In queste ipotesi, infatti, sarebbe condivisibile addossare all'imputato l'onere di provare che il carattere del tutto eccezionale della specifica situazione concreta ha imposto l'adozione di condotte diverse e derogatorie rispetto alla disciplina positiva.

Molto diverso, invece, appare il quadro normativo della responsabilità medica. In questo contesto, come si è avuto occasione di osservare nei paragrafi precedenti, le regole cautelari positive scontano un margine di fisiologica incertezza ed elasticità e dunque legittimano o addirittura impongono al medico di assumere decisioni anche contrastanti con il parametro normativo a seconda delle peculiarità del singolo caso sottoposto alla sua attenzione. Mantenere inalterato l'onere della prova, quindi,

determina automaticamente lo spostamento in capo al medico di tutte le problematiche ampiamente viste fino ad ora e derivanti dalla incertezza scientifica che connota la sua attività.

Questi, infatti, avrà l'onere di dimostrare la natura lieve dell'errore, nelle ipotesi in cui si sia adeguato alle fonti positive, oppure l'assenza *tout court* di errori nella sua condotta, nel caso in cui si sia discostato da esse.

Per riuscire in questa impresa, dovrà essere in grado, rispettivamente, di convincere il giudice che le scelte da lui assunte hanno prodotto un evento che ha concretizzato un rischio tipico di quella specifica situazione e che, per questo, non dipende da un errore grave, oppure che le peculiarità del caso concreto imponevano di discostarsi dalle prescrizioni stabilite dalle fonti positive per preferire soluzioni alternative più adeguate.

Come è evidente, si tratta in entrambi i casi di un onere della prova particolarmente impegnativo – per non dire diabolico – da assolvere, attribuendo al medico il compito di rendere la materia talmente semplice, lineare e certa da potere screditare la validità scientifica delle valutazioni poste a fondamento del giudizio di erroneità, rispettivamente, grave o lieve della condotta.

A giudizio di chi scrive, una simile conclusione potrebbe essere risolta mediante una vera e propria inversione, sul punto, dell'onere della prova.

L'incertezza scientifica e la conseguente difficoltà di dimostrare la maggiore adeguatezza della scelta concretamente assunta dal medico rispetto a quella prescritta dalle fonti positive, in altre parole, dovrebbe essere fatta gravare sull'accusa. Non dovrebbe dunque essere più il medico a dimostrare che la sua condotta era più adeguata rispetto a quella tipizzata dalla regola cautelare positiva e che dunque l'evento che si è comunque verificato non dipende dalla decisione di discostarsi da quest'ultima. Al contrario, dovrebbe essere il pubblico ministero a dimostrare la ragione scientifica che rende la scelta concretamente adottata meno adeguata rispetto a quella posta a fondamento dell'accusa.

SINTESI CONCLUSIVA

Giunti al termine del presente lavoro, si cercherà nelle prossime e sintetiche battute di riepilogarne i passaggi più significativi.

Come si è cercato di argomentare sin dall'introduzione, le problematiche che caratterizzano il tema della responsabilità penale del medico sono legate a doppio filo, quanto meno a parere di chi scrive, alla difficoltà di conciliare la natura solo probabilistica del sapere scientifico che connota la materia e la certezza oltre ogni ragionevole dubbio che deve essere raggiunta nell'accertamento del fatto di reato.

Il terreno di elezione del problema è stato individuato dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti nella causalità. Due, in particolare, le scuole di pensiero che si sono progressivamente consolidate nel tentativo di fornire una possibile soluzione sul punto: la prima, nettamente orientata a far prevalere l'incertezza della scienza sulla certezza del diritto, ha fondato una concezione solo probabilistica del nesso che deve avvincere la condotta illecita all'evento. Ha, in altri termini, *relativizzato* la certezza del diritto penale per renderla compatibile con l'incertezza della scienza. In questo modo, però, ha fornito una lettura costituzionalmente incompatibile della causalità, perché ha permesso di fondare una responsabilità penale solo *probabilmente* personale. Per questo, una parte della dottrina ha elaborato una concezione diametralmente opposta a quella appena prospettata, privilegiando in modo esplicito la certezza assoluta che deve informare il giudizio penale e dunque sancendo l'esclusione della responsabilità penale nei contesti di incertezza scientifica per la pratica indisponibilità di leggi capaci di garantire oltre ogni ragionevole dubbio la derivazione dell'evento dalla condotta incriminata.

I due orientamenti in esame sono stati sottoposti ad un vaglio critico da parte della ormai storica sentenza Franzese e di una parte della dottrina. È stato così evidenziato che entrambe le concezioni si fondavano sulla erronea assimilazione del *dato percentuale* offerto dalla legge con il *risultato dell'indagine* concretamente svolta. In particolare, si è ricordato come la legge scientifica rappresenti solo una delle molte variabili da considerare nel corso dell'indagine causale e come dunque il dato percentuale da essa prospettato non significhi nulla, di per sé, ma possa essere

confermato, perfezionato o clamorosamente smentito da altri elementi altrettanto idonei a fondare l'accertamento eziologico. Non è la legge, in altre parole, a rappresentare la certezza a cui può ambire la singola indagine, ma la meticolosa opera di raccolta, selezione e valutazione di tutti i dati scientifici, logici ed esperienziali che connotano ogni fatto ed ogni relativo accertamento processuale.

In questo modo, il ruolo del parametro scientifico ha subito un radicale mutamento nell'accertamento causale, passando da elemento rappresentativo della certezza sostanziale, a semplice parametro processuale da confrontare con altri eventualmente ipotizzabili – c.d. spiegazioni causali alternative – per verificarne la maggiore efficacia esplicativa.

A questa impostazione sono state mosse molteplici critiche da parte della dottrina, tra cui due particolarmente articolate e fondate sulla omessa distinzione, nel modello unitario delineato da Franzese, della causalità attiva e della causalità omissiva.

In base alla prima critica, i due giudizi causali si distinguono in base alla natura del nesso che avvince la condotta all'evento: mentre infatti nella causalità attiva il nesso è reale, dal momento che si inserisce tra una condotta ed un evento che si sono effettivamente manifestati e quindi suscettibili di esperienza sensoriale, in quella omissiva è solo prognostico, in quanto fondato sulla costruzione ipotetica di ciò che sarebbe potuto accadere nel caso in cui il soggetto avesse agito.

Per questo, si conclude, anziché assimilarli in un unico modello causale fondato sulla certezza processuale risultante da argomentazioni logiche, oltre che scientifiche, sarebbe stata nettamente preferibile una definizione causale distinta in due modelli alternativi: il primo, relativo alla causalità attiva, connotato da una certezza sostanziale – anziché solo processuale – più rigorosa in quanto fondata sulla natura reale di entrambi i termini dell'indagine. Il secondo, relativo alla causalità omissiva, dovrebbe essere fisiologicamente più incerto, in quanto fondato sulla natura solo logica dell'accertamento.

La seconda critica è fondata sulla medesima necessità di distinguere l'ambito reale e prognostico che connota i due giudizi, ma ne fa conseguire effetti decisamente più dirimpenti: partendo dal presupposto che la causalità si propone di spiegare la relazione che si è storicamente verificata tra una condotta ed un evento, questa posizione conclude sostenendo che l'elaborazione di un modello causale fondato su

un giudizio prognostico non è altro che una contraddizione in termini. Inoltre, basandosi sulla congettura relativa a ciò che sarebbe potuto accadere nel caso in cui il soggetto avesse agito correttamente, risulta pressoché indistinguibile dal successivo giudizio colposo.

Come è stato precisato, a parere di chi scrive entrambe le posizioni scontano il vizio di presupporre che un dato offra all'indagine una certezza maggiore *per il solo fatto* di essere esistito nell'ambito fenomenico. L'indagine processuale ha ad oggetto vicende ormai sotircamente esaurite ed irripetibili. La loro conoscenza, dunque, non può mai aspirare ad un modello di certezza assoluta – come è stata definita – ma solo più o meno approssimativa. Il fatto stesso che il processo penale contempra strumenti probatori di natura eminentemente logica, come per esempio gli indizi, e adotti come chiave valutativa dell'intero accertamento il ragionevole dubbio, spiega meglio di qualsiasi altro dato disponibile la natura solo razionale del giudizio.

Ma se questa è la dimensione in cui ci si muove, allora non si capisce davvero perché la natura prognostica anziché “reale” della valutazione causale debba offrire, di per sé, un esito più incerto o approssimativo di quello relativo all'accertamento di fenomeni che si sono effettivamente verificati.

Alla luce di queste considerazioni, si ritiene di potere considerare il tema della incertezza scientifica in ambito causale un problema squisitamente processuale e probabilmente sopravvalutato nella sua portata dalla dottrina prevalente, dal momento che i dubbi che solleva sono, quantomeno a parere di chi scrive, tipici di qualsiasi accertamento processuale connotato dalla scarsità di elementi su cui fondare il giudizio.

Ben più complesso e sottovalutato, invece, è il tema della incertezza scientifica nel giudizio colposo. In questa sede, infatti, la scarsità di elementi per definire la regola cautelare non rappresenta solo un problema fisiologico del processo penale, ma produce effetti sostanziali sulla possibilità del medico di conoscere il contenuto del precetto penale e potersi adeguare per evitare di incorrere nella sanzione penale conseguente alla sua violazione.

L'incertezza della scienza, in quest'ambito, si ripercuote dunque sulla stessa tipicità penale, perché impedisce di offrire un parametro cautelare che informi il tipo colposo in modo chiaro e tassativo.

Per colmare un simile vuoto normativo, la giurisprudenza ricorre al parametro dell'agente modello e, avvalendosi dell'attività peritale, informa volta per volta lo standard di diligenza richiesto in base al quale valutare, poi, la condotta del medico. Dal momento, però, che l'agente modello non è altro che uno strumento convenzionale che deve essere di volta in volta riempito di significato cautelare in base alle informazioni concretamente disponibili, e che queste ultime non possono che essere attinte dall'incerto patrimonio scientifico esistente al momento del fatto, si genera necessariamente un circolo vizioso in cui l'agente modello cerca di colmare l'incertezza scientifica attingendo proprio da essa le possibili risposte.

La pratica conseguenza di un siffatto metodo di accertamento è rappresentata da un panorama giurisprudenziale alquanto ondivago, incerto, in quanto rimesso alle concrete e mutevoli valutazioni dei periti e fondato su regole cautelari definite – o per meglio dire aggiustate – *ad hoc* nel corso del processo in base alle risultanze che progressivamente emergono.

Al fine di porre un freno a questa deriva giurisprudenziale, il recente legislatore è intervenuto valorizzando le fonti cautelari positive come unico strumento disponibile per conferire certezza al tipo colposo. È stato così stabilito che il medico non risponde per colpa lieve se si conforma alle linee guida ed alle migliori pratiche accreditate dalla letteratura medica.

In assenza di giurisprudenza consolidata, stante l'approvazione recentissima della legge, è possibile solo ipotizzare l'interpretazione che verrà data alla novella.

Una parte della dottrina ha accolto con sostanziale favore la riforma ritenendo che la norma debba essere interpretata nel senso che la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave si riferisca alla specifica scelta medica di discostarsi dalle fonti positive. Una simile lettura, però, suscita in chi scrive forti perplessità: la disposizione, infatti, non riferisce la colpa alla specifica scelta di discostarsi dalle fonti positive. Molto più genericamente, invece, stabilisce che se la condotta risulta conforme alle fonti positive, la colpa che si configura può essere esclusivamente grave. Da ciò, evidentemente, ne consegue che nel caso in cui la condotta sia difforme dalle fonti positive, la colpa di cui il medico sarà chiamato a rispondere potrà anche essere lieve.

Se questa dovesse imporsi come la lettura preferita dalla giurisprudenza, le conseguenze che potrebbero derivarne sarebbero, a parere di chi scrive, anche peggiori dei problemi che la norma intendeva probabilmente risolvere.

Come è stato sottolineato, infatti, le fonti cautelari positive in ambito medico – ed in particolare le linee guida – indicano in modo solo tendenziale la scelta più adeguata per la tipologia di situazione in cui il medico si trova ad operare. Le soluzioni offerte, in altri termini, non sono tassative ed inderibagili, ma al contrario devono essere disattese ogniqualvolta il medico reputi che le specifiche peculiarità del caso di specie rendano la fonte positiva inadeguata o comunque impropria nella indicazione della condotta doverosa. Facendo dipendere la natura grave o lieve della colpa medica dall'adeguamento della condotta alle fonti positive, di conseguenza, si è dato nuovo impulso alle pratiche di c.d. medicina difensiva che proprio la riforma intendeva debellare definitivamente: stretti di fronte alla possibilità di appiattirsi alle regole codificate dell'arte medica e rispondere per questo solo a titolo di colpa grave, oppure assumere più coraggiosamente una scelta difforme con il rischio di rispondere anche per colpa lieve, infatti, i medici saranno certamente indotti a preferire la prima soluzione.

Nell'ultima arte del lavoro, di conseguenza, si è proposta una soluzione alternativa a quella tipizzata dal legisaltore che, fondandosi sulle medesime ragioni di certezza che hanno ispirato la riforma, impone la drastica definizione della sola colpa grave come parametro di riferimento per la responsabilità penale del medico, valorizza le fonti positive fondando sul loro rispetto una presunzione di diligenza processuale e, per quanto riguarda le scelte difformi dalle linee guida, inverte l'onere probatorio attribuendo all'accusa il dovere di dimostrare la ragione della inadeguatezza della scelta difforme assunta.

BIBLIOGRAFIA

1. S. ALEO, *Il problema della responsabilità per colpa professionale del medico tra le teorie e le definizioni causali, l'imputazione oggettiva dell'evento e i possibili contributi dell'analisi funzionalistica*, in S. ALEO, A. CENTONZE e E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Giuffré, Milano, 2007, p. 3.
2. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1313.
3. V. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 1240.
4. R. BARTOLI, *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 di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010.
5. R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1107.
6. F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012.
7. P. BENCIOLINI, *Giudice e perito dinnanzi ai problemi metodologici di valutazione della responsabilità nell'ipotesi di omissione di accertamenti sanitari dovuti*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, p. 651.
8. P. BENCIOLINI, *La responsabilità professionale del medico-legale: tra norme giuridiche, riferimenti deontologici e prassi operative*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Cedam, Padova, 2009, V, p. 1212.
9. R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, Nota a Cass., 20 ottobre 1999, Casaccio, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1188.

10. R. BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 129.
11. R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 2003, 332, p. 1176.
12. R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale: tra teoria e prassi*, Milano, Giuffré, 2004, p. 169.
13. R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010.
14. R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa – Testo della relazione al convegno “Reato colposo e modelli di responsabilità” organizzato in Ravenna dall'Associazione Franco Bricola*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 novembre 2012.
15. M. BONA - G. IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, Giuffré, 2009.
16. A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Indice penale*, 2006, p. 443.
17. A. BONFIGLIOLI, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, CLUEB, 2001.
18. F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi in Scritti di diritto penale*, volume I, Giuffré, 1997.
19. R. CAMINITI, *La rilevanza delle linee guida e il loro utilizzo nell'ottica della c.d. medicina difensiva*, in AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 110.
20. T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico*, nota a *Cassazione penale*, Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, in *Cassazione penale*, 2012, 2, p. 547.

21. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffr , 1999.
22. G. CANZIO, *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 303.
23. M. CAPUTO, "Filo D'Arianna" o "flauto magico"?, *linee guida e checklist nel sistema della responsabilit  per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it.
24. A. CARTABELLOTTA, *Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?*, in *Ricerca e sanit *, 2000, 1,2, p. 41.
25. A. CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dogmatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1990.
26. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffr , Milano, 2009.
27. D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in AA.VV., *La responsabilit  in medicina*, a cura di A. BELVEDERE – S. RIONDATO, Milano, 2011.
28. C. CATT  C., N. NARDELLA, M. CAPALBO, A. RICCI, *La medicina difensiva*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, p. 909.
29. F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 4, p. 1232.
30. CENTRO STUDI "FEDERICO STELLA" SULLA GIUSTIZIA PENALE E LA POLITICA CRIMINALE, *Il problema della medicina difensiva: la ricerca empirica*, p. 63.
31. G. CONTENUTO, *La responsabilit  senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in AA. VV., *Responsabilit  oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. M. STILE, Jovene, Napoli, 1989.
32. F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 4812.
33. V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento*

- psicologico del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 107.
34. O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 634.
 35. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima del delitto colposo*, Torino, 2003.
 36. M. DONINI, *La causalità omissiva e la 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, p. 32.
 37. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli, 2006.
 38. 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 02, p. 494.
 39. L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 1053.
 40. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, p. 1085.
 41. G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito (a proposito di un recente libro tedesco)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 1598.
 42. G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Digesto discipline penali*, II, Utet, 1988.
 43. G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010.
 44. V. FINESCHI – P. FRATI, *Linee guida: a double edge sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1998, p. 667.

45. A. FIORI e D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffré, Milano, 2009.
46. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffré, Milano, 1990, p. 388.
47. G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155.
48. G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010
49. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffré, Milano, 1983.
50. I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1993, p. 455.
51. F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/1999, p. 1296.
52. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 86.
53. F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? in margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Diritto pubblico*, 2003, p. 157.
54. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, *Criminalia*, 2008, p. 149.
55. L. GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 1536.
56. G. IADECOLA, *La causalità dell'omissione nella responsabilità medica prima e dopo le Sezioni Unite "Franzese"*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005, 4-5, p. 699.
57. F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2001, 5, p. 904;
58. 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 *Indice penale*, 2004, p. 733.

59. G. MACCARI, *Interferenze tra causalità materiale e causalità della colpa nella diagnostica medica*, Nota a Cassazione penale, sez. IV, 5 giugno 2009, n. 38154, in *Cassazione penale*, 2011, 7-8, p. 2575.
60. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3 edizione, CEDAM, Padova, 1992.
61. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffré, Milano, 1965.
62. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 21.
63. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III edizione, 2009.
64. G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 523.
65. G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2012, p. 1.
66. G. MARTIELLO, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 325.
67. T. MASSA, *Le sezioni unite davanti a nuvole ed orologi: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 3661.
68. L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 498.
69. A. MASSARO, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, Nota a Cassazione penale, sez. IV, 01/10/2008, n. 39882, in *Cassazione penale*, 2009, 12, 4699.
70. N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffré, Milano, 1983, p. 297.
71. D. MAZZON, *Le Linee-Guida nella pratica clinica. Riflessioni bioetiche*, in *Minerva anestesologica*, 2000, p. 490.
72. D. MICHELETTI, Nota a sent. Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, p. 217.

73. D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 173.
74. D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, p. 247.
75. A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 4296.
76. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III edizione, Giappichelli, 2008, p. 274.
77. F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cassazione penale*, 2010, 03, p. 1229.
78. C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1992, p. 821.
79. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 1697.
80. C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ragionevole dubbio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 636.
81. P. PIRAS, *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 12, p. 1519.
82. P. PIRAS, *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 2387.
83. P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 289.
84. P. PIRAS, *La colpa medica, non solo linee guida*, nota a Cassazione penale, Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2011.
85. P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3, I co. l. 8 novembre 2012, n. 189*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 novembre 2012.
86. C. PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 1321.

87. G. POMPONIO, *Il destino di Arianna. Manuale per l'uso critico delle linee guida*, Torino, 2011.
88. S. PREZIOSI, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cassazione penale*, 2011, 5, p. 1985.
89. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 5, p. 647.
90. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III edizione, Giappichelli, 2009.
91. A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 4-5, p. 1125.
92. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III edizione, Giuffré, 2004.
93. M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007.
94. G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 10, p. 1259.
95. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Giuffré, Milano, 2006, p. 1743.
96. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffré, Milano, 1995.
97. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffré, Milano, 1988.
98. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milano, 2001.
99. F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio basse nella successione di eventi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 1239.
100. F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffré, 2006.

101. M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 29.
102. D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in CANESTRARI S. e FANTINI M. P., *La gestione del rischio in medicina*, Ipsoa, 2006, p. 5.
103. F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 4, p. 1679.
104. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del merito*, 2006, 8-9, p. 961.
105. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Cedam, Padova, 2003.
106. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffré, Milano, 2006, p. 1970.
107. P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, relazione al Convegno "Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico", Ravenna, 23-24 marzo 2012.
108. P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Giuffré, 1990.