

La colpa professionale medico-chirurgica

Rossella Barillari

Medico imputari eventus mortalitatis non debet

INTRODUZIONE

Nell'accingerci a trattare il tema della responsabilità medica con particolare riferimento alla chirurgia applicata occorre, in via preliminare, soffermarci su aspetti generalmente rilevanti, che, necessariamente, si collocano nell'ambito della responsabilità medica. Tali aspetti sono stati oggetto di indagine sin dai tempi più risalenti vengono ricondotti a *quell'elemento determinante* affinché la *condotta* del professionista possa essere *eziologicamente connessa* ad un *danno penalmente rilevante*. Ci riferiamo alla tematica della *causalità* ed al relativo principio che ha fatto ingresso in tutti gli ordinamenti giuridici moderni, quale elemento necessario al fine di attribuire una specifica responsabilità al professionista ed in particolare al medico-chirurgo.

Il tema della causalità è stato trattato sin dai tempi più remoti. Da tale argomento era affascinato Lucrezio quando scrisse nel suo *De rerum natura* : “ *felix qui potuit rerum cognoscere causas*. Riflettendo su queste parole, possiamo immaginare due chiavi di lettura :A) vi sono persone che conoscono con sicurezza tutte le cause dei fenomeni e Lucrezio le invidiava perché le considerava felici; B) al contrario, la felicità (intellettuale) si raggiunge attraverso la conoscenza delle cause dei fenomeni; la felicità non è di questo mondo, ergo non è possibile conoscere le cause di tutti i fenomeni.”¹

La spiegazione del nesso causale, che lega l'azione (il fare) o l'omissione (il non fare) al prodursi dell'evento nella fattispecie incriminatrice, è un problema complesso *tout court* e diviene questione spinosa ed inestricabile, se il Magistrato o il professionista sarà chiamato ad applicarlo in tema di responsabilità del medico-chirurgo. Diviene poi praticamente impossibile, dal punto di vista della prova, in presenza di ulteriori fattori quali l'attività medico-chirurgica di equipe o dinanzi alla

¹ INTRONA F., “Il problema della causalità tra diritto e medicina”, in Riv. It. Med. Leg. XIV, pag. 3, 1992. Introduzione alla prima sessione del Congresso <<La causalità tra Diritto e Medicina>>, Pavia 19 – 20 settembre 1991.

necessità di accertare un danno causato non da una azione ma da una omissione.

La delicatezza della tematica richiede la necessaria preliminare astrazione del giurista dalle, seppure comprensibili, aspettative sociali. *Medico imputari eventus mortalitatis non debet*, l'esercizio dell'attività medica resta nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale (artt. 2230 – 2236 c.c.) giuridicamente fondata su una obbligazione di mezzi e non di risultato. Corre l'obbligo di rilevare come in particolari casi, quali l'applicazione chirurgica in c.d. interventi di basso rischio o di routine, si potrebbe essere indotti nel ritenere perfezionato un *contratto* dal quale scaturirebbe una vera e propria obbligazione di risultato.

Nonostante il GERIN segnali che l'attuale dottrina giuridica e la più recente autorevole giurisprudenza siano orientate nel ritenere che la prestazione professionale comporti un obbligo di risultato, specie quando si tratta di normale attività medica, “sul piano strettamente giuridico, l'impegno che ciascun sanitario contrae con il proprio assistito, riguarda, nella maggioranza dei casi, l'obbligo di comportarsi con prudenza e diligenza, di agire nel rispetto delle leggi, dei regolamenti, degli ordini e delle discipline, nonché delle norme deontologiche, del consenso e (nei casi in cui è possibile) del programma diagnostico e terapeutico previamente concordato con la stessa persona assistita, non altro.”²

Per quanto riguarda, nello specifico, la responsabilità penale del medico-chirurgo, è necessario sfruttare a proprio vantaggio un aspetto che in passato è stata fonte di contrasto tra le diverse branche, vale a dire il confronto, nella spiegazione causale, tra profili bio-medici e profili giuridici.

Mentre il reato accertato è un fatto unico e ben definito, la causa bio-medica può essere in realtà una costellazione di fattori, perché, questa pluralità, è quasi la norma nella *etiologia* delle malattie. Allora, tale punto di partenza deve porsi di ausilio al legislatore affinché venga ad essere predisposto un apparato normativo che intenda realmente tutelare

² FEOLA T., Responsabilità legale del medico di medicina generale, Edizioni Minerva Medica, Torino, pag. 51, 1999.

il diritto alla salute del cittadino, con modalità garantiste tali da consentire la trasparente applicazione dell'attività medico-chirurgica.

Il problema medico (e quindi anche quello medico-legale) appare fortemente complesso “non consiste solo nella *etiologia*, cioè nel ventaglio delle spesso plurime cause di questo o di quel fenomeno morboso, ma anche nella *patogenesi* che consiste nell'insieme delle variabili tappe attraverso le quali la costellazione etiologica innesca il fenomeno morboso e lo fa progredire in modo che, non di rado, la stessa malattia in senso nosografico, assume fisionomie diverse in diversi casi clinici, oppure costituisce le basi per l'insorgere di un'altra malattia.”³

Attraverso una puntuale indagine eziologica, si giunge alla più completa conoscenza possibile dei fattori causali, anche al fine di pervenire a concetti tanto sfuggenti quali la causalità nell'attività chirurgica del singolo, dell'equipe o del danno cagionato in tutti i casi appena enumerati attraverso una omissione.

Le teorie sulla responsabilità medica e medico-chirurgica, per lungo tempo, hanno subito una evoluzione sbilanciata se si tiene in considerazione come la *causazione* di un medesimo *evento* veniva considerata tanto dal giurista quanto dal medico-legale in modo differente in presenza di una *azione* ovvero di una *omissione* del medico-chirurgo.

Per poter comprendere gli orientamenti attuali sul tema, è necessario accennare, per poi superare le due concezioni, l'una di carattere concettuale, l'altra di carattere pratico, che sono state per lungo tempo alla base della dottrina.

“Sul piano concettuale, la diffusa convinzione che rispetto alla condotta omissiva non sia possibile ravvisare una “vera” causalità, ma soltanto formulare un *giudizio ipotetico* sulla causalità. Sotto il profilo strutturale, di formulazione degli enunciati relativi alla causalità, ciò dovrebbe per sé comportare uno spostamento dal terreno delle regole e degli enunciati *anankastici* (orientati cioè sulla “necessità” – *anànke*), tipici della teoria

³ INTRONA F., “Il problema della causalità tra diritto e medicina”, op. cit., pag. 5.

della causalità attiva, al terreno delle regole e degli enunciati *stocastici* (orientati sulla “congetturabilità” – *stochastikòs*) quando si trasmigra nell’alveo concettuale della causalità omissiva.⁴

Sul piano delle conseguenze pratiche, ne deriva invece la concezione – dominante in dottrina e sempre più diffusa in giurisprudenza – secondo cui l’accertamento della causalità avrebbe regole ed estensione diverse a seconda che si tratti di azione ovvero di omissione : mentre per la causalità attiva si pretende la certezza (ovviamente in senso probatorio-processuale : oltre, cioè, *ogni ragionevole dubbio* ⁵) dell’esistenza del nesso, per la causalità omissiva ci si accontenta di qualcosa di meno.”⁶

Tale distinzione viene oggi superata anche grazie all’apporto delle scienze medico-legali che hanno portato un contributo determinante all’evoluzione giurisprudenziale ed al raggiungimento di soluzioni maggiormente garantiste per il professionista.

⁴ AZZONI, *Cognitivo e Normativo il Paradosso delle Regole Tecniche*, Milano, pag. 40, 1991.

⁵ Terminologia, questa, ancora formalmente estranea al legislatore italiano. L’espressione viene importata dall’Autore dagli ordinamenti di common law, in cui il ragionevole dubbio è la soglia da varcare per giungere, nel processo penale, ad un verdetto di innocenza o di colpevolezza. Segnaliamo sin d’ora, che l’espressione sta facendo ingresso nel nostro ordinamento attraverso la sua ricezione da parte della giurisprudenza di legittimità.

⁶PALIERO C. E., “La Causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici”, op. cit., pag. 822, 823.

CAPITOLO PRIMO

Il concetto di colpa ed i principi fondanti la responsabilità del medico - il c.d. nesso causale nel diritto penale.

1. Principi generali e deontologici – la colpa -.

I principi fondamentali a cui qualsiasi medico deve costantemente ispirare l'esercizio della propria professione sono codificati da tutta una serie di norme giuridiche. Invero egli è tenuto, prima ancora che alla osservanza degli obblighi giuridici, alla conoscenza ed al rispetto delle c.d. norme deontologiche.

Sovente vi sono elementi che si pongono al tempo stesso come regole di comportamento, assumendo rilevanza tanto dal punto di vista giuridico che da quello deontologico. Il concetto di **<<Colpa >>** può essere annoverato tra tali elementi.

Nell'ambito del diritto penale, la colpa rappresenta l'elemento psicologico di talune fattispecie incriminatrici ed il relativo concetto si rinviene nell'**art. 43 c.p.** a mente del quale il delitto è *“colposo o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di **negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline**”*.

Anche in ambito deontologico si suole generalmente fare riferimento a termini come **diligenza, prudenza e perizia**.

Sul punto si riporta la descrizione che Tommaso FEOLA compie nella propria monografia : “ La principale delle qualità che rendono apprezzabile la condotta del medico è soprattutto la diligenza che egli nutre verso il proprio assistito. Il termine deriva più propriamente dal latino *diligere* che vuol dire **amare di puro amore**. Quindi diligenza vuol dire aver caro avere a cuore ed anche apprezzare, stimare.

Il medico diligente sa spontaneamente cosa fare e non fare per il vantaggio della persona assistita, sa quando e come intervenire o astenersi dal farlo, senza bisogno di imposizioni o di tenere a mente

precetti, discipline regolamenti. Sa quando e come informare la persona assistita adeguandosi al suo livello di cultura al fine di ottenere un valido consenso.[...]

Il termine prudenza è letteralmente contrazione di previdenza ed in questo senso ogni medico deve saper prevedere, per quanto naturalmente gli riesca possibile nelle circostanze di tempo, di luogo e di mezzi di cui si trovi ad agire, quali siano gli effetti della specifica condotta che va ad attuare nel caso concreto, i rischi ai quali eventualmente si espone l'assistito non dimenticando anzitutto l'antica regola: << primum non nocere >>.

La prudenza esige anche che quella certa decisione non si ispiri mai a pregiudizi, ma all'osservazione serena ed obiettiva dei fatti, che non sia motivata dall'emozione del momento, ma illuminata dalla critica, dall'esperienza e riguardi al fine ultimo della salute, della guarigione o del miglioramento delle condizioni cliniche della persona assistita. [...]

Il termine **perizia** deriva dal latino *perire* che vuol dire alla lettera <<fare esperienza, provare>> e si dice di chi essendo particolarmente esperto di un'arte o scienza, ha la capacità di pronunciare pareri o giudizi in un certo campo. Il giuramento anteposto al Codice deontologico fa ad essa esplicito riferimento e diversi richiami sono contenuti in numerosi articoli del codice stesso”⁷

Tali concetti, graziosamente descritti dall'Autore, assurgono ad elementi cardine di norme puntuali, la cui valenza giuridica si pone tanto in ambito civile quanto in ambito penale.

2. La responsabilità penale del medico e la rilevanza dei casi di responsabilità per omissione.

La casistica giurisprudenziale evidenzia come il medico sia chiamato, nella maggior parte dei casi, a rispondere per delitti causati colposamente mediante omissione. Il cpv. dell'art. 40 del c.p. indica quali siano gli

⁷ FEOLA T. Responsabilità legale del medico di medicina generale, Edizioni Minerva medica, Torino 1999, pag. 45- 47.

elementi per ricondurre, all'inerzia di un soggetto, la responsabilità penale omissiva.

È noto come la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire un evento, sia strettamente correlato ad una posizione di garanzia.

Essere titolari di una posizione di garanzia, significa, ex art. 40 cpv. c.p., avere l'obbligo giuridico di attivarsi per impedire un evento, il quale è configurabile anche a titolo di mero concorso con l'autore materiale.

“Questa peculiare connotazione di situazione di garanzia, che presuppone l'esistenza di un particolare *rapporto di protezione* tra un soggetto (il garante) e un bene (o alcuni beni), caratterizza le fattispecie che nascono dall'innesto dell'art. 40 secondo comma c.p. con le singole fattispecie di parte speciale concepite in origine come commissive, quali fattispecie proprie, in quanto realizzabili esclusivamente da soggetti qualificati.”⁸

<< Il tema del nesso causale tra evento e comportamento è di grande attualità in ambito giuridico; esso interessa peraltro il medico legale, e in maniera che vorrei definire intensiva, se non ossessiva, il contenzioso penale e civile per la responsabilità professionale del medico >>.⁹

E' chiaro che, nella specifica posizione di garanzia in cui l'attività sanitaria viene a trovarsi, il ruolo di garante è assunto dal medico (o comunque dall'esercente la professione sanitaria), mentre il bene giuridico da tutelare sarà, di volta in volta, il bene salute o il bene vita.

E' bene ribadire che “oltre alla responsabilità giuridica, esiste un sistema di norme deontologiche che obbligano il sanitario moralmente. Tali norme hanno un valore particolare all'interno della Federazione Nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri. La violazione di tali regole non giuridiche comporta la sola responsabilità disciplinare, l'infrazione infatti non è sanzionata da norme che fanno parte dell'ordinamento generale, alle quali tutti i consociati sono sottoposti, ma rileva nell'ambito dell'ordinamento particolare di cui

⁸ GRASSO G., Il reato omissivo improprio, op. cit., pag. 98 e ss. .

⁹ BARNI. M. , Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, Giuffrè Editore, Milano, pag.113, 1995.

solamente i sanitari fanno parte. Ciò nondimeno, la responsabilità disciplinare potrà concorrere, come avverrà nella normalità dei casi, con le forme della responsabilità civile e/o penale.”¹⁰

Il problema che l'accertamento della responsabilità omissiva del medico pone non si ravvisa però in questi presupposti, che per quanto lineari, devono pur tuttavia essere accennati.

La vera problematica che ne scaturisce ha, come oggetto, l'accertamento del rapporto di causalità tra azione del sanitario e verifica di un evento lesivo di un bene giuridico come la salute.

Alla base del corretto accertamento del nesso causale vi è l'utilizzo di un adeguato criterio di imputazione, che colga le particolarità di cui l'accertamento causale in materia sanitaria necessita.

Proprio questo rappresenta il punto centrale della nostra trattazione.

3. Delimitazione della trattazione.

Stabilire i limiti in cui debba essere considerata la penale responsabilità del medico, derivante dalla sua attività professionale, non si presenta agevole. Questo perché, a monte, sussistono delle implicazioni di diversa natura che appesantiscono la posizione del sanitario che sia chiamato a *rispondere penalmente* per la sua *personale responsabilità*.

Spesso accade, nei processi penali, che non sia tanto considerato prevalente *l'interesse* ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, ma abbiano il sopravvento da un lato la generica aspettativa sociale alla punizione di un colpevole e dall'altro la tutela delle vittime, intesa come giudizio sulla responsabilità, prodromico ad una pretesa di carattere risarcitoria. Questa situazione è agevolata, in parte, anche dal nostro sistema processual-penale che consente l'insinuazione di azioni risarcitorie di natura civile. Infatti l'art. 185 del c.p. la cui rubrica recita *Restituzioni e risarcimento del danno*, altro non prevede che : << *Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.*>> Ed al

¹⁰ Voce Codice di deontologia medica, in Responsabilità del medico, estratto da <http://cislcomo.ust.it/servizi/adiconsum/doc/medico.htm>.

secondo comma : << *Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale e non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*>>

Questa norma di carattere sostanziale ha un riflesso consistente nel processo, ponendosi come anello di congiunzione tra azione civile e azione penale, legittimando la scelta del legislatore di ospitare nel processo penale l'azione civile.

Questa scelta rappresenta una soluzione eclettica, tuttavia è innegabile che comporti un appesantimento del processo penale.

La responsabilità del medico riflette profili variabili che abbracciano diverse materie quali il diritto civile ed il diritto amministrativo, allora sarebbe opportuno, in punto di partenza, alleggerire l'azione penale che si presenta già abbastanza complessa, eliminando dal processo ulteriori aspetti da trattare con accuratezza in altre sedi.

4. La formula della <<conditio sine qua non>> ed il meccanismo di eliminazione mentale. La condizione necessaria.

Occorre ora individuare le varie problematiche e le specifiche implicazioni che nascono, in primo luogo, dalla ricostruzione in dottrina della causalità e, contestualmente, introdurre le difficoltà di impostazione dell'imputazione in ipotesi limite quali la responsabilità in chirurgia.

Particolarmente complesso, per un giurista, si presenta, nell'ambito dei reati di evento, la spiegazione del nesso di causalità: infatti, da un punto di vista scientifico e filosofico-dogmatico, al nesso causale appartengono una serie di problematiche di non facile soluzione.

La scienza e la epistemologia, da centinaia di anni hanno cercato di dare una risposta ad alcuni quesiti: cosa vuol dire cagionare un evento? Cos'è la causa di un evento? Quali sono le cause di un evento?

Il diritto penale, dal punto di vista della prassi, ha risolto in parte questi interrogativi ritenendo sufficiente la formula della *c.d. conditio sine qua non* : condizione senza la quale.

La causalità viene in quest'ottica impostata nei termini seguenti: causa = *conditio sine qua non*, la causa di un evento è una condizione senza la quale l'evento non si sarebbe verificato, quindi l'approccio al nesso <<causa-evento>> si presenta con un ulteriore quesito: senza quella condizione che noi chiamiamo causa, si sarebbe verificato l'evento?

Questo è il c.d. meccanismo di eliminazione mentale utilizzato dai giudici penali.

“Esiste un modo sicuro per assodare se l'azione è condizione *sine qua non*: <<se dalla somma degli antecedenti si elimina col pensiero la condotta dell'agente, e risulta che l'evento si sarebbe verificato egualmente, allora è chiaro che la condotta non è condizione necessaria; se invece, eliminata mentalmente l'azione, ci si rende conto che l'evento non si sarebbe verificato, o che si sarebbe verificato con modalità diverse, in tal caso si è legittimati a pensare che fra azione ed evento sussiste un nesso di condizionamento>>. In altre parole, si precisa, per sapere se l'azione è una condizione indispensabile, basta rispondere alla domanda:<< L'evento concreto si sarebbe verificato senza la condotta dell'agente?>>; se la risposta è negativa, l'azione risulta condizione necessaria, *sine qua non*; se è affermativa, <<il comportamento dell'agente deve essere ritenuto non causale>>.

Si approda così all'enunciazione della celebre <<doppia formula >> della condizione *sine qua non*: <<la condotta è causa dell'evento se, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato>>; <<la condotta non è causa dell'evento se, senza di essa, l'evento si sarebbe verificato ugualmente>>.”¹¹

E' chiaro che questa impostazione, per quanto logica, non sia sufficiente se non ad introdurre il problema della causalità in diritto penale innanzitutto perché, a livello epistemologico, non si può affermare che basti una sola condizione per spiegare il verificarsi di un evento.

Da un punto di vista scientifico è errato sostenere che una sola condizione sia la causa di un evento.

¹¹ STELLA F., voce “Rapporto di causalità” in AA. VV. Enciclopedia Giuridica Treccani, XXV, pag. 4, 1991.

Ma se le concause di un evento sono molteplici, perché si parla di causa? Questo interrogativo è soddisfatto dalla comprensione della rilevanza del punto di vista di chi indaga.

“ E’ quasi un luogo comune dire che ogni studioso o ricercatore non investiga <<tutte le cose>>, ma dirige la sua attenzione verso porzioni selezionate del contenuto inesauribile della realtà concreta; com’è un luogo comune dire che chi ricerca la causa di un fenomeno, la ricerca dal *punto di vista* che egli considera rilevante.”¹² - ¹³

Dal punto di vista del giudice penale, sarà indispensabile, al fine della imputazione, trovare la circostanza <<responsabile>> dell’accaduto, riferire cioè l’evento da spiegare ad una o più condizioni cruciali.

“Ogni persona isola un antecedente <<decisivo>> dal suo punto di vista, che le permette di affermare legittimamente: se non si fosse verificata questa condizione, l’evento non si sarebbe realizzato¹⁴ <<molte spiegazioni di eventi concreti nelle scienze naturali>>, le spiegazioni del senso comune, la maggioranza delle spiegazioni di discipline come storia, la spiegazione delle azioni umane in generale sono tese ad individuare solo una o più <<condizioni indispensabili>> [...] e ciò è dovuto proprio al fatto che si tratta di spiegazioni dirette sempre <<all’imputazione di conseguenze concrete a cause concrete>> particolari.¹⁵ Si capisce, in tal modo, l’importanza dei giudizi controfattuali.”¹⁶

In tale frangente svolge un ruolo determinante il consulente tecnico nominato dal Giudice, il quale deve fornire al magistrato gli strumenti idonei alla risoluzione del caso.

Ma quali sono le caratteristiche necessarie di una idonea consulenza tecnica in ambito medico?

¹² NAGEL E., *The structure of science*, 1961, trad. It. *La struttura della scienza*, V ed., Milano, pag. 499, 1984; CARNAP R., *Philosophical foundations of physics*, 1966, trad. it. *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, pag. 239, 1971.

¹³ STELLA F., voce “Rapporto di causalità” in Enc. Giur. Treccani, pag. 2.

¹⁴ In questo senso CARNAP R. in *Philosophical foundations of physics*, 1966, trad. It. *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, pag. 239, 1971.

¹⁵ WEBER M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922, trad. It. *Il metodo delle scienze storico-sociali*, rist., Torino, pag. 212 e ss, 1966.

¹⁶ STELLA F., voce “Rapporto di causalità” cit., pag. 3.

Secondo BARNI “il perito, per essere metodologicamente e deontologicamente adeguato e corretto deve :

- dire e scrivere lo stretto indispensabile;
- non ingombrare l’udienza con la propria invadente personalità;
- non tediare tutti con la prolissità;
- non metter in sospetto per la sottigliezza;
- non intimidire con il gergo;
- non infastidire con la saccenza;
- non diveggiare.

Ebbene, una siffatta correttezza, in peculiare rapporto con la corralità e la moralità del rito concretizza essa stessa un valore etico, posto che irrimediabile è il danno se il perito ancorché esperto si riveli sommario, lacunoso, incompleto nel raccogliere, nel valutare, nel proiettare sul diritto gli elementi della obiettivazione e della evidenza scientifica.”¹⁷

Le caratteristiche sopra richiamate difficilmente possono ricondursi all’attività dei consulenti tecnici, questo perché l’indagine medico legale diverge in parte dall’indagine giuridica con la conseguenza che spesso l’esigenza di certezza del diritto non viene soddisfatta dai risultati peritali.

“Come saggiamente scrive Giusti¹⁸ il nuovo aspetto investigativo della medicina legale presuppone la più ampia apertura mentale, necessaria nella ricezione di fenomeni ed aspetti che superano il <<recinto>> dell’incarico ricevuto (nuovi elementi di prova, nuove ipotesi da verificare). Tutto questo è qualcosa di più del *rigorismo obiettivo* che non è sinonimo di certezza diagnostica poiché la medicina legale respinge non il giudizio probabilistico ma la trasformazione del probabile nel certo attraverso semplici ipotesi. Trattasi di metodologia per così dire statica¹⁹: <<se l’umana verità deve essere raggiunta vi è una necessità dinamica

¹⁷ Barni M. Consulenza Medico legale e responsabilità medica, Giuffrè Editore, pag. 4.

¹⁸ Giusti G., “Tra biologia e diritto”, in Trattato di medicina legale e scienze affini, Cedam Padova, 1998, vol. I, pag. 2-7.

¹⁹ Gerin C., In tema di causalità materiale, Zacchia, 1959, pag. 34, 155-170.

che spinge il medico legale a portare il suo contributo di fatti, di idee, di ipotesi>>.”²⁰

5. Le difficoltà della causalità omissiva applicata alla responsabilità penale del medico-chirurgo. Relazione ipotetica?

Abbiamo introdotto i due paradigmi dei giudizi controfattuali come impostazione logica della causalità. A questo punto non possiamo tralasciare tali giudizi che, proprio in relazione all’omissione, hanno creato spaccature sia in dottrina che in giurisprudenza.

Vediamo quali orientamenti sono stati elaborati in dottrina, quando anziché riferirsi alla relazione esistente tra azione ed evento, il punto di vista si deve spostare sulla relazione intercorrente , questa volta, tra <<non fare>> ed evento.

“Secondo il modo di pensare più accreditato fra i penalisti, nell’affrontare il problema si dovrebbe tener presente che : a) quando si parla di nesso di condizionamento fra azione ed evento, ci si riferisce alla <<spiegazione *ex post* di un evento sulla base di una derivazione ‘fattuale’ o ‘meccanica’ da un’azione, cioè da un fare positivo di un soggetto>>; b) <<questa derivazione ‘fisica’ è assente invece nella causalità *omissiva*, di cui pure si occupa l’art. 40 2° co., c.p.: qui si tratta di spiegare un evento non già secondo accadimenti integralmente reali, bensì alla stregua di un non-fare (meglio un non fare qualcosa di determinato) del soggetto, cioè di una sua omissione>>; c) <<per questa ragione, è esatto sottolineare la *differenza concettuale* fra causalità attiva ed omissiva, nel senso che in questa seconda non si ha alcun impiego di forze o energie materiali, bensì soltanto una *relazione ipotetica* da instaurare fra l’azione dovuta, che è mancata, e l’evento concreto che si è verificato *hic et nunc*>>²¹; d) meglio ancora, <<con il nesso di causalità esistente nei reati commissivi>> si indica <<un rapporto fra due entità reali (l’azione dell’uomo e un accadimento esterno), il cui accertamento presuppone la *spiegazione* di quanto si è verificato; con riguardo ai reati omissivi

²⁰ Barni M., op. cit. pag. 7-8.

²¹ così nella dottrina più recente ROMANO M..

l'accertamento assume un valore ipotetico o prognostico, in quanto si tratta di verificare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e in particolare, se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo>>.²² [...] Cerchiamo di capire subito se sia giusto caratterizzare la <<causalità attiva>> come derivazione fattuale e meccanica da un'azione, come impiego di forze o energie materiali, e la <<causalità omissiva>> come mera relazione ipotetica.”²³

Segue << processi statici o costanti e dinamici o variabili>>.

L'individuazione della causalità attiva come derivazione fattuale e meccanica di un'azione, la pone in dottrina alla stregua di un processo dinamico; vi è corrispondenza, cioè tra un *fare* ed il verificarsi di un evento.

L'omissione, invece, implicherebbe la staticità poiché coincide con un *non fare* qualcosa di determinato, da qui la distinzione tra *processi statici* e *processi dinamici*.

I processi statici e quelli dinamici vengono qualificati da CARNAP alla stregua di *condizioni costanti* o *variabili*.

Tuttavia, una maggiore qualificazione dei concetti di azione ed omissione, non appare né idoneo né sufficiente ad una loro divergenza dal punto di vista dell'impostazione causale.

Infatti, “per compiere un'analisi completa delle cause dobbiamo considerare *tutte* le condizioni pertinenti, siano esse costanti o variabili. Può risultare che molte condizioni dei tipi più diversi abbiano contribuito in modo sostanziale al risultato finale.

In breve quando si afferma che una persona ha ommesso di fare qualcosa, non si fa altro che descrivere uno *stato* (<<reale>>, per chi ama la parola) *della persona*, del tutto analogo, come stato, a quello del tavolo che <<non muta>>; e se si indica questo stato con la parola condizione, si

²² GRASSO G.; nello stesso senso FIANDACA G..

²³ Così STELLA F., voce “Rapporto di causalità” in Enc. Giur. Treccani, cit., pag 14.

può asserire che – sempre nei confronti dell’atto dovuto non compiuto – si tratta di una *condizione statica*. Dove sta, allora, l’asserita differenza concettuale fra causalità attiva e causalità omissiva?

Non certo nell’uso della nozione di condizione necessaria: anche per il non-fare possiamo dire che è causale quando, *senza lo stato* della persona costituito dal <<non compiere l’atto dovuto>>, l’evento lesivo non si sarebbe verificato; anche con riferimento all’omissione risulta esatto sostenere che il concetto penalmente rilevante di causa coincide con il concetto di condizione *sine qua non*, intesa come condizione contingentemente necessaria.”²⁴

Riassumendo le diverse posizioni della dottrina sopra accennate, si può notare che: ROMANO individua la causalità omissiva quale derivazione di eventi ‘non fisici’, ‘non meccanici’ e pertanto ‘non reali’, da qui nasce la sua distinzione concettuale tra causalità attiva e causalità omissiva e l’interpretazione della seconda alla stregua di relazione ipotetica. GRASSO e FIANDACA approdano al medesimo risultato, impostando anch’essi la causalità attiva quale rapporto tra due entità reali, l’azione dell’uomo ed un accadimento esterno, mentre l’accertamento della causalità omissiva assume un valore ipotetico e prognostico, in quanto utilizzata per verificare se e come il compimento dell’azione doverosa avrebbe impedito la realizzazione dell’evento lesivo. CARNAP, partendo dai medesimi concetti, li qualifica alla stregua di “condizioni costanti” e “condizioni variabili”.

Da queste teorizzazioni nasce la puntualizzazione di Federico STELLA, il quale, senza contestare l’esistenza di entrambi i fenomeni, afferma l’importanza delle condizioni statiche, dal momento che per compiere un’analisi completa delle cause devono essere considerate tutte le condizioni, sia quelle costanti o statiche che quelle dinamiche o variabili. Inoltre per STELLA è errato considerare solo la relazione omissiva quale ipotetica, essendo tale anche quella attiva.

²⁴ STELLA F., voce “Rapporto di causalità” cit., pag. 15.

Allora possiamo affermare che non esiste differenza concettuale tra la causalità attiva e quella omissiva sul piano dei giudizi ipotetici e dei controfattuali.

Nell'ambito della dottrina tedesca, a conclusioni tanto confortanti circa la *realtà* della causalità omissiva, giungeva già un decennio fa Puppe, movendo, questa volta da alcuni enunciati di Stegmüller sulle *condizioni negative*.²⁵ Si rifletteva, in particolare, sulla necessità di distinguere, in semantica come in logica, la “negazione” dal “negato” – l’espressione del negare dall’oggetto della negazione.²⁶ La *negazione* è la formulazione logico-linguistica di *struttura* negativa : lessicalmente articolata, cioè, in termini di ‘non essere’; ma ciò che essa nega, il suo contenuto, non è meno vero, e quindi meno condizionante la realtà (presente o passata), di un ‘*affermato*’, cioè del contenuto di una affermazione. Il predicato che assume struttura negativa, non perde per ciò solo il suo contenuto *reale*, ed anche un ‘ non essere ’ può risultare empiricamente ‘vero’ o ‘falso’.²⁷

Per tornare alle affermazioni di STELLA, “gli enunciati controfattuali debbono essere utilizzati *sempre*, quando si accerta il rapporto causale, e *sempre* – cioè *anche* quando si discute della relazione causale tra azione ed evento – si deve far ricorso al ragionamento ipotetico.[...] Dell’enunciato controfattuale non si può fare a meno né quando si indaga sulla causalità dell’azione, né quando ci si chiede se causale possa essere definita l’omissione. Nel primo caso, il controfattuale assumerà la forma << se non ci fosse stata l’azione, l’evento non si sarebbe verificato>>; nel secondo, la forma << se non ci fosse stato l’evento costituito dall’omissione dell’azione doverosa (se cioè l’azione doverosa fosse stata compiuta), l’evento lesivo non si sarebbe verificato>>. [...] Si tratta ancora una volta, di eliminare mentalmente il comportamento

²⁵ PUPPE, *Die Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW, pag. 863, 1980.

²⁶ STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, I, Berlin, pag. 430, 1969.

²⁷ In tal senso v. PALIERO C. E., *La causalità dell’omissione : formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 825-826, 1992.

dell'agente, la sua omissione, per vedere se, nella mutata << situazione>>, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato.”²⁸

6. La causalità omissiva : pregiudizi iniziali e divergenze probatorie.

Il ritardo con il quale la causalità omissiva assurge al medesimo rango della causalità attiva, in giurisprudenza, dipende in primo luogo da un pregiudizio iniziale, vale a dire dalla impostazione data della “...natura quasi ‘metafisica’ dell’omissione [...] categorialmente definibile solo in termini di a-causalità, staticità, ininfluenza rispetto all’incessante e deterministicamente concatenato divenire del mondo.”²⁹

La conseguenza di questa impostazione dottrinale, basata su astratte teorizzazioni dell’omissione, è il completo distacco sul piano pratico della causalità omissiva da quella attiva.

In particolare, per lungo tempo, la giurisprudenza si era consolidata nel considerare la causalità omissiva un *quid minus* rispetto a quella attiva, quasi che, su questo tema, fosse venuta meno la caratteristica di *extrema ratio* del diritto penale, con un automatismo dell’apparato sanzionatorio. Nel 1983 FIANDACA scriveva, avvalorando così le pronunce in materia : “ La causalità omissiva, proprio perché causalità *ipotetica*, può essere determinata con un grado di attendibilità *minore* rispetto a quello normalmente raggiungibile nell’ambito della causalità reale propria dei reati commissivi.”³⁰ Qualche anno dopo : “ La dottrina maggioritaria ritiene che, in sede di accertamento del nesso di condizionamento tra condotta omissiva e l’evento *non si possa raggiungere lo stesso livello di rigore* esigibile nell’accertamento del nesso di causalità *stricto sensu* inteso: per cui nell’applicare la formula della condicio, ci si accontenta di

²⁸ STELLA F., voce “Rapporto di causalità”, cit., pag. 15 .

²⁹ PALIERO C. E., La causalità dell’omissione : formule concettuali e paradigmi prasseologici, in Riv. It. Med. Leg. XIV, pag. 822, 1992.

³⁰ FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, Arch. Pen., pag. 44, 1983.

esigere che l'azione doverosa, supposta come realizzata, sarebbe valsa ad impedire l'evento con una *probabilità vicina alla certezza*.³¹

In relazione a questi due frammenti, PALIERO ci fa notare come nonostante, in apparenza, sussista quasi una inversione di tendenza nel passaggio dalla *minore attendibilità* alla *probabilità vicina alla certezza*, in realtà "...nel lessico, epistemologicamente non impeccabile, che è proprio della scienza giuridica, questa formula in apparenza rigoristica corrisponde alla *probabilità tout court*, per tradursi poi addirittura in giurisprudenza in *mera possibilità*³² a causa dell'assenza di parametri scientificamente fondati di *quantificazione* della probabilità stessa."³³

Segue << il carattere normativo dell'omissione >> e le divergenze probatorie.

Le considerazioni sopra esposte sono avvalorate dalle sentenze degli ultimi anni in materia di responsabilità omissiva, dalle quali si evince una distorta evoluzione prasseologica la quale, come sostiene PALIERO, parte dal *paradigma della volatilizzazione del nesso*, prosegue con il *paradigma della certezza* che ben presto diviene *paradigma della probabilità* fino ad approdare al *paradigma dell'aumento del rischio*.³⁴

Dicevamo che l'impostazione tradizionale della nozione di causalità omissiva in termini di a-causalità, staticità ecc., ha prodotto un pregiudizio: ritenere che per la dimostrazione probatoria sia sufficiente un grado di certezza inferiore rispetto alla causalità attiva.

In tale sede non intendiamo contestare lo studio e le elaborazioni dottrinali che si sono susseguite da decenni, quanto il loro approdo giurisprudenziale; non si contesta tanto la nozione di causalità omissiva *tout court*, bensì il suo uso distorto come strumento processuale.

³¹ FIANDACA, voce Causalità (Rapporto di), in Digesto penale II, Torino, pag. 127, 1988.

³² FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in Riv. It. Med. Leg., pag. 35, 1991.

³³ PALIERO C. E., op. cit., pag. 823.

³⁴ In questo senso PALIERO C. E., op. cit..

Neghiamo, dunque, l'automatismo nella relazione tra un nesso di causalità omissivo ed un minor garantismo probatorio, laddove la frattura non si realizza al livello di nozione, bensì di applicazione.

È innegabile la circostanza per cui l'operatore pratico debba utilizzare una particolare cautela nell'applicazione derivante dalla natura stessa del diritto penale, fortemente incisivo sulla libertà personale e strumento coercitivo di *extrema ratio* degli ordinamenti democratici.

Ma, per tornare al concetto di causalità omissiva, la sua prima componente normativa discende proprio dalla formulazione del capoverso dell'art. 40 del c.p. << *Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.*>>

E' questa la nozione e la relazione fondamentale dalla quale partire e qui, l'omissione, non è considerata diversamente dall'azione, anzi è ad essa *equivalente*, quindi non possiamo accettare ricostruzioni del rapporto di causalità omissivo differenti rispetto alla causalità attiva.

A questo riguardo riportiamo l'opinione di DONINI per meglio comprendere il valore di quanto appena affermato : “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 normologica. 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 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 causalità '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 ad una 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 ad esistenza).”³⁵ Che la causalità omissiva assurga allo stesso rango di quella attiva, deve rappresentare d'ora in poi un punto fermo nella sua ricostruzione, tanto più ora in cui anche la dottrina medico-legale ha definitivamente abbracciato questo indirizzo.

Tale approdo si rinviene nelle parole di BARNI, il quale, richiamando STELLA, afferma : “ unitario sia per l'azione che per l'omissione non può che essere il modello euristico (imperniato sull'uso di controfattuali); e del pari unitario il procedimento esplorativo (fondato sulla sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura), diversificato restando unicamente e solo l'oggetto del giudizio di necessità condizionante (antecedente necessario) : nell'un caso una condizione statica, nell'altro una condizione dinamica.”³⁶

7. Solidità probatoria nella fattispecie tipica.

Dal capoverso dell'articolo 40 c.p. discende la perfetta corrispondenza legislativa tra causalità attiva e causalità omissiva. Le difficoltà di ricostruzione delle fattispecie omissive hanno condotto a pronunce in tema di responsabilità omissiva caratterizzate da un moto oscillatorio sulla dimostrazione del rapporto di causalità. I criteri susseguiti nel

³⁵ DONINI M., “ La causalità omissiva e l'imputazione ‘ per l' aumento del rischio ’ ”, in Riv. Ital. dir. proc. penale, pag. 33-34, 1999.

³⁶ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, Giuffrè Editore, Milano, pag. 114, 1995.

tempo sono i più vari ed essi derivano in parte dalle leggi di copertura delle fattispecie. Abbiamo già anticipato come si sia passati in modo un po' contraddittorio dalla <<certezza>> alla <<probabilità>> e, vedremo quali siano gli ultimi approdi della Cassazione.

Ricostruiamo, ora, brevemente quello che deve essere il corretto *iter logico* dell'operatore pratico (avvocato, giudice, p.m.) per impostare la causalità tanto attiva quanto omissiva.

La dimostrazione del nesso causale si situa, nella tripartizione Tipicità-Antigiuridicità-Colpevolezza, al primo livello, vale a dire quale elemento che compone la fattispecie tipica. All'interno di essa occorre dimostrare che l'azione ovvero l'omissione, il non fare del soggetto era giuridicamente doveroso (impedire un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire = posizione di garanzia) e che l'evento in presenza dell'azione omessa non si sarebbe verificato.

Si produce un evento - ad esempio la morte di una persona - per poter dire che si è verificato un fatto tipico di omicidio, occorrerà dimostrare, provare, insieme agli altri elementi che compongono la fattispecie tipica di omicidio (quindi soggetto attivo, bene giuridico, condotta, elemento soggettivo richiesto), anche il rapporto di causalità cioè il nesso che lega un evento ad una condizione necessaria che è, nel nostro caso, la condotta attiva od omissiva del chirurgo. Questi, in quanto titolare di posizione di garanzia, ha ex articolo 40 secondo comma c.p., l'obbligo giuridico di agire, altrimenti risponderà come se avesse cagionato l'evento alla stessa stregua di un'azione diretta.

Per poter giungere ad una sentenza di condanna, allora, il primo passo è quello di dimostrare con **solidità probatoria**, all'interno della tipicità, il nesso di causalità tra azione ovvero omissione ed evento lesivo. Se non si raggiunge questa prova, la conseguenza processual-penalista sarà una **sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste**, *tertium non datur*.

“Posto infatti che il nesso di causalità è un requisito di fattispecie, esso non può essere configurato in modo tale da restare del tutto indeterminato : lo vietano – a tacere d'altro – il principio costituzionale di tassatività

della fattispecie, e il canone ermeneutico che impone di interpretare le norme ordinarie in modo conforme alla costituzione.”³⁷

Quindi se la prova, la dimostrazione del nesso causale non si realizza, non si deve condannare. Il giudice non può sostituire la dimostrazione causale con il proprio soggettivo convincimento. Questo non significa che egli non possa decidere diversamente da quelle che sono le indicazioni del perito, ma il suo giudizio, non può essere arbitrario, privo di fondamento scientifico, magari omologato più ad una aspettativa sociale, probabilmente fondata da una pretesa risarcitoria delle vittime.

La stessa Corte di Cassazione non smette mai di ribadire che : *<<l'accertamento del nesso di causalità è riservato al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi.>>*³⁸ Quindi il giudice è tenuto alla ricostruzione del nesso di causalità e non *pro forma* con un semplice rinvio normativo, ma nel modo più completo possibile, motivando congruamente il dispositivo.

Coerentemente con questa impostazione, là dove sia stato ravvisato, per usare una espressione di PALIERO, una completa *volatilizzazione del nesso*, la stessa Cassazione ha disposto *l'annullamento con rinvio* della sentenza di merito per *omessa motivazione sul punto relativo al nesso di causalità* tra l'applicazione di una sonda nasale per effettuare lo svuotamento gastrico ed il decesso della paziente, avvenuto a seguito di sommersione interna per reflusso di materiale alimentare.

La Corte di Cassazione ha inoltre rilevato in questo caso che *<<dalla doverosità dell'intervento non si può far derivare la necessaria imputazione dell'evento dannoso, dovendosi accertare la sussistenza del nesso di causalità tra omissione addebitata all'imputato ed evento.>>*³⁹

Questa precisazione è molto interessante perché invita i giudici di merito,

³⁷ STELLA F., “Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, Giuffrè Editore, Milano, pag. 90, 1990.

³⁸ In questo senso la Cassazione Civile (in tema di risarcibilità del danno da fatto illecito) Sez. III, 21 dicembre 2001, n.16163.

³⁹ Cassazione Penale Sez. IV, sentenza n. 6613 del 1998.

non solo alla valutazione completa del nesso di causalità, ma ad approfondirlo anche indipendentemente da una presunta posizione di garanzia, ritenendola insufficiente, in mancanza di un reale nesso omissione-evento, a fondare un giudizio di condanna.

8. Nesso eziologico di medicina legale.

Per poter dimostrare che l'azione ovvero l'omissione di un soggetto ha condotto ad un evento, è indispensabile la conoscenza del modo attraverso cui un evento si realizza. La giurisprudenza in materia di causalità in chirurgia dimostra quanto sia spinoso questo passaggio.

L'indeterminatezza di questo punto ha segnato la storia della causalità con pronunce quali quella sul *talidomide* che, addirittura saltano a piè pari la causalità, svuotandola del suo più profondo significato garantistico, approdando ad una inaccettabile valutazione soggettiva dei giudici. In quel caso, il giudice tedesco ha ritenuto sufficiente *il proprio convincimento* sul presunto effetto *teratogeno* del farmaco, ignorando *il controverso giudizio tra gli esperti*. La conseguenza fu che i giudici, sostituendosi alla scienza, hanno ritenuto di adoperare una sorta di <<infallibile intuizione>> per emettere un provvedimento, anziché <<le regole giuridiche>>, scardinando il principio di legalità e facendo venire meno ogni garanzia.

Le incertezze sulla corretta ricostruzione del nesso eziologico dipende da una serie di fattori, vecchi e nuovi. Accanto alle più risalenti problematiche emerse sin dal processo sul talidomide, se ne rinvengono delle nuove, le quali appartengono, per usare una recente espressione di STELLA, ai << temi della modernità che hanno causato uno shock giuridico >>.⁴⁰

Le difficoltà sono sempre le medesime per quanto riguarda le vecchie tematiche, prima fra tutte la quasi impossibilità di conoscenza tempestiva dei nessi eziologici in medicina (da cui è derivato il ricorso alle leggi statistiche-probabilistiche); e poi le problematiche moderne che derivano

⁴⁰ Così STELLA F., Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, Giuffrè Editore, Milano, pag. 227, 2001.

dall'esercizio della professione sanitaria, quali il rapporto tra responsabilità del medico e quella della struttura sanitaria, la responsabilità dei collaboratori, ad esempio nel lavoro di equipe, piuttosto che il valore di eventuali consulti nelle diagnosi, addirittura oggi divenuti telematici. Ancora desta interesse anche il recente sviluppo della tematica del consenso informato che, se adempiuto *in toto* dal sanitario, azzererebbe *a priori*, secondo alcuni⁴¹, ogni responsabilità dello stesso, seppure a livello di anti giuridicità, successivo rispetto alla tipicità di cui ci stiamo occupando.

Merita particolare attenzione, nella nostra ricostruzione, l'acceso dibattito nato in seno al processo penale, tra la dottrina medico-legale e quella giuridico-forense.

Tradizionalmente i cultori di medicina legale hanno tentato di ricostruire autonomamente il nesso eziologico, non tenendo conto della sua strumentalità processuale. Infatti esso non è fine a se stesso, ma deve entrare quale elemento costitutivo nel criterio di imputazione.

Questa tendenziale ricerca di autonomia da parte della medicina-legale ha creato notevoli difficoltà, rallentando il processo di ricostruzione unitario del nesso causale.

Segue << La critica alla medicina legale>>.

Fondamentali risultano le severe critiche mosse da Federico STELLA alla medicina legale, rea, nel secolo appena trascorso, di aver portato avanti una impostazione assolutamente arbitraria rispetto al punto di vista del giurista.

“ *La tara di origine* consisterebbe in un antico articolo di Antonio CAZZANIGA⁴² che nel lontano 1919, ha rivendicato l'autonomia del concetto di causa nell'ambito della Medicina legale negando che essa possa accogliere la concezione condizionalistica e proponendo una

⁴¹ TROYER L. , Il consenso informato, in <http://www.aisa.it/Angolo Legale/Consenso Informato.htm>

⁴² CAZZANIGA A., “Sopra i concetti di <<causa>> <<concausa>> ed <<occasione>> in Medicina Legale”, in Med. Leg., pag. 2 e ss., 1919.

criteriologia per l'accertamento del nesso causale rimasta in vita nel corso del secolo, sia pure con modificazioni di qualche concetto, e della terminologia, apportate da alcuni Autori.”⁴³

Con questa indicazione, STELLA evidenzia quelli che, a suo avviso, risultano *i due peccati capitali* della Medicina legale: “Il primo << peccato capitale >> è << l'aver ripudiato e il continuare a ripudiare il concetto di *condizione necessaria*, cioè il concetto pacificamente utilizzato nel nostro ordinamento >>.

Il secondo << peccato capitale >> è << l'aver elaborato dei criteri di accertamento del rapporto causale, la *c.d. criteriologia*, che nulla hanno a che vedere con l'accertamento del nesso di condizionamento>>.”⁴⁴

Questi due <<peccati>> isolati da STELLA, sono lo specchio di una situazione critica che perdura all'interno delle aule dei tribunali; situazione alla quale la medicina legale avrebbe potuto porre rimedio, anziché aggravare.

“ Qui si toccano davvero con mano i guasti profondi provocati dal <<mito delle discipline>>. Anziché impegnarsi a risolvere i problemi causali dal punto di vista del diritto penale, la medicina legale non ha trovato di meglio che rivendicare, con un malinteso orgoglio, **la propria autonomia** : ciò che conta non sono le scelte operate dall'ordinamento, non sono i criteri in base ai quali il legislatore considera innocente o colpevole un cittadino di <<ciò che è accaduto>>, ma sono le valutazioni ritenute erroneamente tipiche dalla medicina legale, considerata del tutto autonoma ed avulsa dai criteri delle valutazioni imposte al giudice penale dal legislatore.

Ancor oggi, in effetti, nonostante gli sforzi compiuti da studiosi italiani di prim'ordine, come BARNI, INTRONA, e FIORI, la <<metodologia>> della medicina legale è bloccata dalla sua sorprendente **tara d'origine**,

⁴³ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile.” In Riv. It. Med. Leg., XXIV, pag. 248, 2002.

⁴⁴ Critica contenuta nel testo di STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 190 e ss., e riportate da FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, pag. 248, cit..

risalente agli inizi del secolo: mi riferisco all'impostazione data al problema causale dal CAZZANIGA.”⁴⁵

La critica che STELLA compie nei confronti della medicina legale assume toni tanto aspri perché essa contribuisce a sorreggere argomentazioni, quali quelle di GUARINIELLO, che risultano contrastanti rispetto all'impostazione ufficiale della causalità e che risultano, pertanto totalmente infondate nonché lesive del fondamentale principio della *presunzione di innocenza a favore del libero convincimento del giudice*.

In questo senso si evidenzia come la medicina legale sia andata al di là del suo ruolo, secondario e subordinato attribuitole, tradendo – per usare una espressione di FIORI – la sua “funzione <<ancillare>> rispetto alle esigenze della giustizia.”⁴⁶

Da questo punto di vista, FIORI, appoggia le critiche di STELLA affermando che : “Non è immaginabile che i medici legali abbiano in proposito idee divergenti nel corso della loro attività pratica [...], che essi conoscano la *realtà dell'ordinamento vigente e ad essa adeguino sia le proprie elaborazioni dottrinali de jure condito, sia, ancor più le loro prestazioni professionali.*”⁴⁷

Segue <<il primo peccato>>.

“A sostegno della sua critica rivolta al *primo peccato capitale* della Medicina legale, STELLA cita dei passi di alcuni autorevoli medici legali nei quali la teoria della causalità adeguata (di von Kries) sembra presentata come preferibile o, addirittura, come quella accettata dal vigente ordinamento italiano che invece, come già ricordato, si basa, indiscutibilmente, sulla teoria della *condicio sine qua non* (di von Buri), cioè della *condizione necessaria o dell'equivalenza delle cause*. Così

⁴⁵ STELLA F., Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, pag. 191, op. cit..

⁴⁶ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 252.

⁴⁷ FIORI A., vedi nota precedente.

risulta dagli artt. 40 e 41 del vigente codice penale benché in essi l'espressione <<condizione necessaria>> non figuri.”⁴⁸

“Per FRANCHINI << più convincente appare la teoria della causalità adeguata che sostanzialmente si basa sul principio dell'*id quod plerumque accidit* >> : in << materia penale prevale una valutazione sulla base della teoria della causalità adeguata >>⁴⁹; per RECINE << nel campo medico legale (...) se proprio si vuole aderire ad una teoria è più logico far riferimento a quella della **causalità adeguata** >>⁵⁰; per PUCCINI << la causalità è l'attitudine potenziale o idonea a causare >>⁵¹; << la causazione (!), invece, è il rapporto concreto ed esistito tra due fenomeni >>⁵², che va accertato << in base ad un insieme di elementi di giudizio che sono il criterio cronologico, il criterio topografico, il **criterio della idoneità** , il criterio della continuità fenomenica e il criterio di esclusione >>⁵³; per PALMIERI alla teoria condizionalistica << si oppone la teoria della **causalità adeguata**, la quale riscuote vaste adesioni; essa distingue la causa dalla semplice condizione, in quanto (...) richiede (...) che la condizione sia stata adeguata, cioè generalmente **idonea** a determinarlo, considerando l'efficacia causale in modo astratto, sull'esperienza dottrinale e scientifica di casi consimili (...), **non** del singolo caso concreto >>⁵⁴; per FIORI << sembra effettivamente che si possano distinguere due gruppi di criteri, il primo costituito dai criteri di possibilità scientifica (di **idoneità lesiva**) e di esclusione di altre cause, il secondo dai criteri topografico-cronologici di continuità fenomenologia e di sindrome a ponte (...). Il criterio di possibilità scientifica (PELLEGRINI) in pratica coincide con il criterio di **idoneità ed adeguatezza lesiva**. (...) La posizione centrale tenuta dal criterio di

⁴⁸ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale : un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 250.

⁴⁹ FRANCHINI, *Medicina legale in materia penale*, Padova, pag. 68 e ss., 1972.

⁵⁰ RECINE, “Evoluzione storica del concetto di causalità materiale in medicina legale”, in *Riv. It. Med. Leg.*, pag. 359 e ss., 1983.

⁵¹ PUCCINI, *La causalità*, in *Istituzioni di medicina legale*, Milano, pag. 48, 1995.

⁵² PUCCINI, op. cit., pag. 48 ss..

⁵³ PUCCINI, op. cit., pag. 69.

⁵⁴ PALMIERI, *Medicina forense*, Napoli, pag. 163, 1964.

probabilità scientifica nello studio del problema eziologico-medico legale è condivisa (...) con il criterio di esclusione di altre cause >>⁵⁵.”⁵⁶

In questo clima in cui la medicina legale si è calata, STELLA denuncia :
“ Finché il medico legale riterrà che il suo compito sia quello di individuare la causa **idonea**, le sue conclusioni potranno costituire la base per la condanna di **innocenti**; ed il rischio di fuorviare il giudice penale è tanto più rilevante se si considera che raramente – se non mai -, nelle perizie medico legali si precisa *apertis verbis* che la prospettiva seguita è non già quella della condizione necessaria, ma quella della idoneità causale, in sostituzione della condizione *sine qua non*” ⁵⁷.

“La verità – continua STELLA- è che la medicina legale deve rimuovere proprio la sua **tara d’origine**, e cioè la convinzione del CAZZANIGA che il medico legale debba abbandonare la teoria condizionalistica.”⁵⁸

In quest’ottica STELLA pone come esempio proprio il FIORI: “Nella situazione descritta, la conclusione da trarre è il monito lanciato in un’opera recentissima proprio da uno dei massimi cultori della medicina legale, Angelo FIORI : << si deve purtroppo affermare che una **rilevante responsabilità** nei giudizi opinabili e **ingiusti** grava direttamente sulla medicina legale (che finora non ha approfondito adeguatamente la propria metodologia, e sui medici in veste di **periti e consulenti**) >>⁵⁹.”⁶⁰

Questo appello è molto importante per STELLA, il quale prosegue la sua denuncia sostenendo che : “ la realtà quotidiana dei processi sta a testimoniare che, davanti al giudice penale, la diagnosi dei medici legali diventa una prognosi di colpevolezza, e poiché la prognosi è sbagliata perché fondata sull’idea esclusiva di adeguatezza o idoneità causale, essa diventa, per definizione, fonte di quella gravissima conseguenza che è la **condanna di innocenti**.” ⁶¹

⁵⁵ FIORI, “Un discorso sul metodo”, in Riv. It. Med. Leg., p.687 ss., 691 ss., 1985.

⁵⁶ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 192-193.

⁵⁷ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 193.

⁵⁸ Vedi nota precedente.

⁵⁹ FIORI A., Medicina legale della responsabilità penale, Milano, pag. 630, 1999.

⁶⁰ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 193-194.

⁶¹ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 194.

E' lo stesso FIORI, poi , a spezzare una lancia a favore dei medici legali, pur riconoscendone gli errori : “ Un’attenuante si deve invero riconoscere agli autorevoli medici legali che hanno dato luogo a quello che riteniamo sia più che altro un equivoco. Essa consiste senza dubbio nel frequente intrecciarsi del loro duplice ruolo di studiosi e di operatori nella pratica forense.”⁶²

Tuttavia, nonostante questa precisazione, lo stesso FIORI, riferendosi alla preparazione dei medici legali, giunge a concordare con STELLA che :
“ non solo i principi seguiti, ed insegnati a studenti e specialisti, devono essere inderogabilmente quelli provenienti dall’ordinamento, ma anche la terminologia impiegata deve essere quella <<ufficiale>>, proveniente dalle norme giuridiche e non deve consentire divagazioni neologistiche. E' questa la ragione per cui si è già in passato raccomandato, in tema di nesso causale, l’abbandono di espressioni come << causa occasionale >> <<momento sciogliente>> <<momento rivelatore>>: concetti ed espressioni assenti dall’ordinamento e fonti non infrequenti di equivoci e di errori in un settore già per proprio conto gravato da grandi difficoltà concettuali e, soprattutto, applicative.”⁶³

Segue << il secondo peccato >>.

Per quanto attiene il secondo punto dolente, vale a dire la critica alla *c.d. criteriologia medico legale*, accanto alle indicazioni di STELLA e di FIORI, si aggiunge una ulteriore autorevole opinione, quella di BARNI. Ma procediamo con ordine. In prima battuta è proprio FIORI ad affermare: “ Corrisponde indubbiamente al vero la constatazione, purtroppo assai frequente, dell’uso improprio, in sede peritale, della << criteriologia >> per l’accertamento del nesso causale senza adeguate analisi, discussioni e coerenti motivazioni conclusive : sostituite dalla

⁶² FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 251.

⁶³ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 252.

mera dichiarazione di avere utilizzato i criteri cronologico, topografico, di idoneità lesiva, di continuità fenomenologia, di esclusione di altre cause, ed altri. Questo penoso espediente vorrebbe far credere al lettore dell'elaborato tecnico, in genere ignaro benché magistrato od avvocato, che il perito possiede magiche formule di analisi dei dati, troppo lunghe da spiegare: ma che garantiscono, solo dichiarando di avervi fatto ricorso, la <<bontà del prodotto>>.

Questa realtà [...] fa comprendere l'indignata reazione di Mauro BARNI⁶⁴ che giudica i criteri un metodo <<antiscientifico>> e ne propone l'abbandono, trovando consenso, come si è detto, nell'affermazione di STELLA.

Detto questo per amore di verità, “*non si può e*” - ad avviso di FIORI - “*tanto meno si deve, rinunciare ad avvalersi di un metodo medico-legale di elaborazione scientifica dei dati al fine di esprimere un parere tecnico motivato sull'esistenza o meno di un nesso causale tra un'azione od omissione, ed un evento.*”⁶⁵

Pare, finalmente, che i più autorevoli studiosi di medicina legale abbiano abbracciato la *retta via* riconoscendo il metodo giuridico della *condicio sine qua non*, che, nella versione adottata costantemente anche dalla giurisprudenza di legittimità, richiede l'utilizzo del metodo della <<copertura>> sotto leggi scientifiche.

Segue <<la scelta del metodo>>.

Occorre, a questo punto, porre l'accento su un ulteriore aspetto del problema, che si pone come corollario alle considerazioni appena svolte, vale a dire la validità ed il rapporto intercorrente tra due metodi presenti: il c.d. metodo individualizzante ed il c.d. metodo generalizzante.

“Il *metodo individualizzante* si basa sul principio di accertamento del rapporto causale in *eventi singoli e concreti*, essendo privo di importanza

⁶⁴ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in Medicina Legale, Giuffrè Editore, Milano, p. 23 ss., 1995.

⁶⁵ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile, op. cit., pag 253.

il fatto che essi siano eventualmente unici e non riproducibili in futuro. La prova del rapporto causale sarebbe fornita dallo stesso svolgersi dei fatti nella loro storia e dalla successione temporale che collega il secondo accadimento al primo. In pratica questo metodo si fonda largamente sul principio del *post hoc ergo propter hoc* e, in sede giudiziale, finisce per non obbligare il giudice a ricercare leggi causali idonee a spiegare scientificamente perché e come l'evento sia conseguenza dell'azione criminosa. Seguendo questa linea, applicata ai casi in cui la spiegazione scientifica possa risultare oggettivamente difficile, si lascia in realtà al giudice di decidere in base al proprio convincimento sulla realtà del rapporto causale ed indipendentemente dalla possibilità di conoscere la precisa natura della relazione causale. Di fatto questo <<metodo>> si applica in numerosi casi, con il contributo rilevante dei periti che raggiungono dapprima un proprio convincimento cui cercano di dare una veste tecnica pur su basi incerte ed opinabili, ed in tale veste lo trasmettono al giudice che finisce spesso per ritenerlo un parere scientificamente fondato e su di esso basa la propria decisione.”⁶⁶

Per FIORI come per STELLA il metodo individualizzante deve lasciare il posto a quello generalizzante, il quale “comporta invece il ricorso a *leggi generali* che individuano rapporti di successione regolare tra l'azione e l'evento, considerati non come accadimenti singoli e unici, bensì come *accadimenti ripetibili*. Anche questo metodo richiede, ovviamente, che si faccia riferimento all'*evento concreto*. Ma questo viene ridescritto in modo tale da inserirvi quegli aspetti causali ripetibili, mancando i quali, l'evento non si sarebbe verificato in quel determinato luogo ed in quel momento. La teoria che si basa sul <<metodo generalizzante>> obbedisce principalmente alle *esigenze di garanzia* richieste dal fatto che *il nesso causale è un requisito fondamentale nei reati di evento, per cui la sua determinazione non può essere lasciata alla discrezione del giudice ma deve essere affidata a metodi il più possibile verificabili e controllabili*. [...]

⁶⁶ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 255.

A questo punto, però, bisogna distinguere – per evitare ulteriori equivoci concettuali e semantici – tra <<causalità generale>> intesa come idoneità o probabilità statistica *ex ante*, che coincide con il concetto di *aumento del rischio*, e la <<causalità individuale>>, la cosiddetta causa *but for* degli anglosassoni <<che deve essere provata da esperti, attraverso test e pareri che sono espressione di una conoscenza e di un *metodo scientifico affidabile*>>⁶⁷.⁶⁸

9. Il criterio probabilistico.

Altro fattore problematico nella ricostruzione del rapporto di causalità materiale è il *grado di conoscenza dei nessi eziologici*. Con questa espressione intendiamo riferirci allo stato di conoscenza generale raggiunto dalla scienza in relazione ad uno specifico fattore causale.

Nei reati omissivi nell'ambito dell'attività chirurgica risulta, poi, ancora più problematica la individuazione del nesso causale.

Si legge, su una massima estrapolata da una sentenza della Corte di appello di Venezia, che : *“Nei reati omissivi impropri il nesso di causa tra l’omissione e l’evento sussiste quando la condotta è stata, con alto grado di probabilità, condizione necessaria dell’evento stesso; il giudizio probabilistico deve fondarsi su solide basi scientifiche (scontando inevitabilmente i limiti conoscitivi propri di ogni scienza in un determinato momento storico), al fine di accertare che, senza il comportamento dell’agente, l’evento non si sarebbe verificato con alto grado di probabilità. La valutazione di alto grado di probabilità , propria della legge scientifica, equivale alla valutazione giuridica di certezza , ogniqualvolta le alternative, residue e marginali, non trovino nel caso specifico alcuna evenienza fattuale che ne consenta la prospettabilità in concreto, risolvendosi così in possibilità del tutto ipotetiche ed astratte.”*⁶⁹

⁶⁷ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 222.

⁶⁸ FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, op. cit., pag. 256.

⁶⁹ Massima tratta da : Corte di Appello Venezia, 15 gennaio 2001, in Riv. trim. dir. Pen. Economia, pag. 439, 2001.

Sofferamoci per un istante su quest'inciso : *'scontare inevitabilmente i limiti conoscitivi propri di ogni scienza in un determinato momento storico'* .

Il BARNI occupandosi , nell'ambito della classiche teorie sulla causalità materiale, della causalità umana⁷⁰ , afferma che : “Essa nasce anzitutto dalla constatazione che la indagine sulle cause è viepiù pregnante ed incisiva in rapporto al divenire della conoscenza, che è quindi dinamica e proporzionata al gradiente scientifico onde la scienza migliore e la esperienza migliore costituiscono le garanzie migliori per ogni definizione causale pur sempre rapportata al momento storico della conoscenza che, scandisce i fenomeni in termini di umana prevedibilità verso l'aspirazione alla verità.”⁷¹

Emerge fortemente la necessità di risolvere un problema preciso che ancora attuale : conciliare l'esigenza di ricostruzione del nesso causale con la mancata conoscenza di tutte le cause naturalistiche.

BARNI sottolinea che : “ Dalla crescita scientifica del nostro tempo emerge tuttavia e si impone la consapevolezza del mutare sempre ed inesorabilmente possibile della causa in rapporto alla sorprendente ed ineluttabile esplosione del *caso* (del *fortuito* per dirla in termine giuridico). << Più che una categoria ontologica contrapposta alla causalità, il caso rappresenta il limite della conoscenza, il fatto della ignoranza umana : causalità e caso sono rispettivamente le cause note e le cause ignote di un effetto. La linea di confine ... è segnata nel più alto grado di scienza in congruenza col momento storico : più aumenta il campo conoscitivo della causalità più si riduce quello del caso fortuito, fino a scomparire nell'utopistica ipotesi finale della umanità onnisciente>>⁷² .”⁷³

⁷⁰ Secondo la teoria della causalità umana il nesso causale sussiste tutte le volte che, con la condotta dell'uomo concorrono fattori esterni di cui egli ha tenuto conto o di cui avrebbe potuto tener conto. (ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1975.)

⁷¹ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, op. cit., pag. 5.

⁷² MONOD J. , Il caso e la necessità, Mondadori, 1970.

⁷³ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, op. cit., pag. 5.

Ancora di recente, la Corte di Cassazione in relazione agli artt. 40 e 590 del c.p., sempre nello stesso senso ha sancito che : “ *il delitto di lesioni colpose è reato con evento di danno, la cui sanzionabilità non può prescindere dal danno stesso e dall’accertamento del relativo rapporto causale riconoscibile in termini di certezza, ovvero, nel caso di condotta omissiva, di serie ed apprezzabili probabilità. Pertanto, qualora un medico ometta di praticare accertamenti diagnostici imposti dai protocolli professionali (esami istologici su noduli asportati) e successivamente venga riscontrato un carcinoma, non può affermarsi la sua responsabilità sulla base della detta omissione , ove non sia certo, o almeno probabile che, al momento in cui gli esami avrebbero dovuto essere effettuati, la malattia fosse già diagnosticabile. (Nella specie, il carcinoma mammario era stato diagnosticato dopo circa due anni dalla esportazione di noduli ed il giudice di merito aveva ritenuto non solo dubbio, ma addirittura improbabile la possibilità di diagnosticare la malattia all’epoca degli omessi esami).*”⁷⁴ Da quest’ultima massima si evince la difficoltà di ricostruzione del nesso causale ed, insieme, il persistente pregiudizio che induceva il giudice a richiedere certezza per l’azione e la probabilità per l’omissione.

E’ possibile, in medicina legale, affermare che ogni evento sia riconducibile ad una relazione causale certa, conosciuta, tale che possiamo affermare quale applicabile il principio del tutto o del nulla proprio della teoria condizionalistica su cui si fonda gran parte del nostro ordinamento giuridico?

La risposta non può che essere negativa. E’ proprio questa la difficoltà maggiore. Come afferma FIORI “... lo studio dell’efficacia causale in un determinato fattore di rilevanza giuridica, sia esso una azione od una omissione, diventa strettamente dipendente dalle conoscenze generali sulla natura della causa, sulle sue modalità di azione, sulle caratteristiche delle sue conseguenze: attraverso un processo di confronto, caso per

⁷⁴ Cassazione penale sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 6511.

caso, delle conoscenze scientifiche con i dati della osservazione clinica, anatomico-patologica e di laboratorio. [...]

Esistono casi in cui il fattore causale è di macroscopica evidenza nella sua realtà – cioè ne è facilmente constatabile la presenza – ed i suoi effetti dannosi sono tipici e facilmente identificabili. Ma esistono invece altri agenti causali capaci ugualmente di produrre danno, dei quali può essere difficile, nel singolo caso, dimostrare la presenza e, comunque, se anche questa è accertata, può essere arduo verificare la realtà della azione causale.”⁷⁵

Quindi l’eterogeneità dei casi, “... questa polimorfa situazione in cui si dibatte la medicina legale altro non è che una faccia delle difficoltà di diagnosi etiologica in cui si imbatte continuamente la medicina, una vasta e polimorfa scienza i cui grandi progressi non possono far dimenticare il numero di malattie di cui è assolutamente ignota oppure solo parzialmente nota l’eziologia : difficoltà di ordine nosologico generale e altre relative ai singoli casi che possono presentarsi con varietà cliniche tali da rendere difficile l’individuazione eziologica anche per malattie conosciute.

Nessuno stupore può dunque provocare la constatazione che, nella concreta esperienza medico-legale, il traguardo di diagnosi etiologiche che possono avvalersi del tranquillizzante criterio di sostanziale certezza è confinato ad un numero contenuto di casi, mentre in altre evenienze è indispensabile ricorrere a differenti criteri, basati sulla connessione logica dei dati, sull’esperienza, sulle conoscenze medico-biologiche, per giungere, al più , a *giudizi di probabilità*.

Ne consegue che la legge << del tutto o del nulla >> su cui si fonda il principio condizionalistico deve fare i conti con i limiti della scienza cui nei singoli casi si aggiungono lacune e limiti occasionali, e deve pertanto accontentarsi di giudizi etiologici – i quali in teoria dovrebbero essere basati su dati certi soprattutto per le pesanti conseguenze che il

⁷⁵ FIORI A., Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale, in Riv. It. Med. Leg., XIII, pag. 33, 1991.

condizionamento produce – fondati su valutazioni che alla certezza sostituiscono la probabilità.”⁷⁶

È innegabile, pertanto, che sussistano le difficoltà appena evidenziate, tuttavia, come lo stesso FIORI precisa, “ i criteri medico-legali di valutazione del rapporto di causalità materiale sono stati formulati dalla dottrina medico-legale italiana essenzialmente per dare ordine metodologico alla elaborazione dei dati di svariata natura utili per giungere a diagnosi etiologiche *in quei casi in cui il rapporto causale non risulta di immediata evidenza. Di fatto il loro obiettivo è consentire un giudizio di certezza.* [...] I criteri di giudizio sul nesso causale non hanno valore taumaturgico e il loro uso può comportare qualche rischio, in particolare quello di un loro impiego meccanico che può dare apparente consistenza scientifica a conclusioni etiologiche inconsistenti o deboli.”⁷⁷

10. L’<<aumento del rischio>> : tra causalità e colpevolezza.

Ci siamo soffermati, nei paragrafi precedenti, sulle difficoltà di ricostruzione e di utilizzo delle teorie sulla causalità. Esaminate alcune delle problematiche relative alla medicina legale, occorrerà, nel prossimo capitolo, tracciare un quadro della giurisprudenza in materia.

Noteremo come il fenomeno prasseologico muterà abbracciando varie soluzioni, quali l’*aumento del rischio* ed in seguito l’*oltre il ragionevole dubbio* .

A questo punto è bene, nel ricostruire brevemente la nascita delle teorie sull’aumento del rischio che hanno invaso sia la nostra dottrina che la giurisprudenza, tenere nel debito conto le considerazioni di DONINI, il quale ha appunto approfondito questa tematica.

Secondo DONINI le moderne teorie sull’aumento del rischio si suddividerebbero in due orientamenti, entrambi conducenti ad una <<

⁷⁶ FIORI A., “Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale”, op. cit., pag. 34.

⁷⁷ FIORI A., “Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale”, op. cit., pag. 34-35.

accentuazione del disvalore della condotta rispetto al disvalore di evento >>.

“Secondo un primo orientamento [...] esse si presentano varie volte come teorie dell'imputazione dell'evento fondate su *un esclusivo punto di vista ex ante*, ormai affrancato dall'impiego di effettivi parametri causali (che sono solo eventuali e attengono comunque a un altro piano) : e nelle loro espressioni dottrinali più significative si sono estese non solo [...] ai reati omissivi impropri (basterebbe una omissione “pericolosa” , o meglio più pericolosa , sempre *ex ante* , di quanto apparisse l'inosservanza, anche qui a prescindere da una valutazione *a posteriori*), ma alla causalità nei reati colposi in generale, sino ad assurgere a ‘modello’ per una rilettura dello stesso rapporto fra dolo ed evento (il dolo come rischio, o consapevolezza del rischio, anziché come volizione dell'evento) e quindi anche fra condotta dolosa ed evento verificatosi : se tutto viene valutato in termini di rischio *ex ante*, alla fine anche il nesso di condizionamento oggettivo in generale dovrà volatilizzarsi e l'evento assomigliare alle condizioni di punibilità.”⁷⁸

Un secondo orientamento intende “la categoria ‘aumento del rischio’ in una accezione diversa, incentrata su un *accertamento anche ex post dell'«aumento»*: ed è questa, l'accezione ricorrente in tema di evitabilità dell'evento da parte del comportamento alternativo lecito, nella colpa (la c.d. causalità della colpa) e nell'omissione (la causalità dell'omissione).”⁷⁹

Facciamo un esempio per comprenderne la struttura e realizzare come, anche in questa ipotesi, vi sia il vizio di fondo per cui, comunque, l'azione e l'omissione vengono qualificate differentemente.

“ Si ipotizzi un rifiuto di cure da parte di un sanitario addetto a un presidio ospedaliero, nel presupposto che egli si sia ritenuto pretestuosamente incompetente a intervenire e si supponga che il paziente, deceduto molte ore più tardi, abbia avuto significative perdite di

⁷⁸ DONINI M., “La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 40-41,1999.

⁷⁹ DONINI M., cit. in nota precedente, pag. 41.

chances di salvezza a seguito del ritardo nell'intervento cagionato dall'omissione *de qua*. In questo caso **la condotta naturalistica 'reale'** – *l'aliud facere* – non ha spiegato cineticamente conseguenze rilevanti sul piano penale, mentre ha avuto conseguenze **l'omissione 'reale'**, perché l'assenza dell'intervento è stata *condizione negativa* dell'evento, in quanto tempestivo e doveroso intervento, che non c'è stato, avrebbe avuto possibilità di successo. Orbene, mentre nelle condotte commissive colpose che hanno naturalisticamente condizionato il verificarsi dell'evento, quest'ultimo è attribuibile come 'fatto proprio' al soggetto che l'ha causato anche se non vi sia completa certezza della sua evitabilità in caso di condotta diligente, nelle ipotesi di vera omissione *non è possibile attribuire al soggetto come 'fatto proprio' il decorso causale effettivo se non ricostruendolo come omissione*, e, quindi, attraverso il suo ipotetico comportamento alternativo lecito: perché c'è una sola condotta illecita, che si definisce come tale in virtù di un giudizio controfattuale, mentre il giudizio fattuale si riduce alla valutazione del verificarsi dell'evento, **senza causazione alcuna** da parte del soggetto che ha rifiutato l'intervento. Pertanto, qualora consti che la condotta doverosa avrebbe avuto significative probabilità di salvare il bene giuridico, si ha un 'aumento del rischio' a fronte del dubbio sulla causazione : non è infatti possibile affermare che la diminuzione di *chances* risultante *a contrario* dall'omissione **equivalsa** (art. 40 cpv. c.p.!) alla diminuzione della condotta colposa commissiva, giacché in quest'ultima il soggetto ha comunque cagionato l'evento *oltre* ad aumentarne il rischio, mentre nell'omissione no.”⁸⁰

Per DONINI, quindi, “ nella colpa commissiva il dubbio sull'evitabilità non esclude che la causazione dell'evento sia 'fatto proprio' del soggetto, se si tratta di un caso in cui la condotta materiale (prima di essere 'colposa') ha comunque determinato con certezza l'evento o un evento peggiorativo, in termini di lesività. Non così nell'omissione, dove il dubbio sull'evitabilità è nello stesso tempo un'incertezza sulla

⁸⁰ DONINI M., op. cit., pag. 43.

attribuibilità dell'evento come 'fatto casualmente proprio' : giacché fatto proprio è sicuramente solo la condotta omissiva.”⁸¹

Possiamo evidenziare, brevemente, quali siano state alcune delle motivazioni che hanno portato ad un tendenziale abbandono delle teorie tradizionali a favore di quella dell'aumento del rischio.

“ Le situazioni che più hanno contribuito a scardinare gli assi portanti dell'edificio non riguardano un istituto giuridico determinato e comunque ricostruibile in termini eziologici, sia pure con alcuni 'aggiustamenti' – ciò che vale, stando alle impostazioni tuttora maggioritarie, per omissione e concorso di persone nel reato - , ma le ipotesi dove lo stesso impiego di parametri eziologici non discende dagli adattamenti di categorie extragiuridiche (v. la nozione epistemologica di 'causa') che il diritto compie per meglio utilizzare a fini di imputazione, quanto dal fatto che quell'utilizzo soffre una crisi di legittimazione scientifica per l'incertezza epistemologica sulla stessa causazione, sul suo statuto nomologico, sulla validità delle 'leggi di copertura' dell'accertamento – si tratti di causalità commissiva od omissiva, [...] – o per la palese faticosità processuale di impostazioni incentrate sulla prova rigorosa della causazione, al punto da suggerire che in questi casi una risposta dell'ordinamento giuridico a fatti ritenuti comunque intollerabili possa ricostruirsi solo *mediante parametri alternativi a quelli eziologici*, e in particolare in forza di *criteri di mero rischio* , ovvero di tipizzazione legale della condotta illecita 'competente' all'accollo della responsabilità per l'evento.”⁸²

Come fa notare DONINI , il vero problema nasce “quando con la responsabilità 'per rischio' sia **il giudice ad accollare 'come fatto proprio' un evento** che a stretto rigore **non** è stato cagionato: perché in questo caso la soluzione politico-criminale [...] passa attraverso la rottura del principio di legalità o la messa in crisi di una lettura del principio di responsabilità penale per fatto proprio mediata da parametri causali quali requisiti minimi di imputazione di un evento. Nasce in tale contesto di problemi **l'aumento del rischio** quale categoria di imputazione nuova,

⁸¹ DONINI M., op. cit., pag 44.

⁸² DONINI M., op. cit., pag. 39.

che progressivamente tende ad affiancarsi a quella causale, fino a sostituirla quanto meno in singoli settori, o rispetto a talune fattispecie concrete.”⁸³

Essendo questa la radice della teoria, vedremo, attraverso l’esame della giurisprudenza, come essa si sia insinuata saldamente nelle aule dei tribunali.

11. L’<<oltre ogni ragionevole dubbio>>.

Abbiamo appena osservato quali siano le radici della teoria sull’aumento del rischio e come fioriscano in un momento di profonda crisi della causalità.

La teoria sopra citata è originata dalla esigenza di prendere una netta posizione in quelle situazioni di decisione in condizioni di incertezza.

Tali situazioni quali, appunto, la causalità omissiva in medicina legale, hanno dato origine altresì ad un recentissimo ed efficace strumento di imputazione, il quale si pone in posizione antitetica rispetto alla teoria dell’aumento del rischio: parliamo dell’*oltre il ragionevole dubbio*.

Questa formula che potrebbe apparire del tutto estranea al nostro sistema giuridico, in realtà, risponde all’esigenza di tutela dell’innocente costituzionalizzato nel principio di presunzione di non colpevolezza.

“Ecco stagliarsi, in questo modo, la ragione di fondo per cui l’<< oltre il ragionevole dubbio >> viene a situarsi nelle fondamenta stesse dell’amministrazione della giustizia penale : la più moderna teoria della giustizia dice : << condannare un imputato innocente e assolvere un colpevole sono i due risultati << peggiori >>; ma la condanna di un innocente è << molto peggiore >> dell’assoluzione di un colpevole (e il risultato è massimamente peggiore); la regola di decisione deve essere quella che cerca di evitare proprio questo risultato <<massimamente peggiore>>.”⁸⁴

⁸³ DONINI M., op. cit., pag. 39.

⁸⁴ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit. p.126 e ss..

Quindi alla domanda se sia un errore più grave assolvere un colpevole piuttosto che condannare un innocente, STELLA risponde riportando il pensiero di uno dei massimi studiosi della teoria delle decisioni in condizioni di incertezza, SCHRADER FRECHETTE : << la legge chiede che la giuria, nel caso di un delitto, sia certa oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'accusato, prima di condannarlo; in questo senso, le prove richieste nelle cause penali dimostrano una preferenza per l'errore di tipo 2, vale a dire l'accettare l'ipotesi nulla – l'innocenza - , quindi la preferenza per il rischio di assolvere un colpevole. Nelle cause civili, la legge richiede alla giuria soltanto di credere che ci siano maggiori probabilità che il convenuto sia colpevole; le prove richieste nelle cause civili non dimostrano quindi alcuna preferenza né per l'errore di tipo 1, né per quello di tipo 2 >>. La verità è che << proteggendo l'imputato, presupponendo la sua innocenza, e quindi minimizzando gli errori di tipo 1, il diritto penale protegge la **parte più vulnerabile** >>. Proprio per questa maggiore vulnerabilità dell'<<imputato>>, il <<danno che quest'ultimo riceve è più grave di quello per la società, nel caso di errore (...). Inoltre, lo Stato deve proteggere la sua **legittimazione morale**, minimizzando i rischi di tipo 1 nelle cause penali. Se non condanna i colpevoli, lo Stato incorre in un errore in senso più passivo (meno criticabile) , che se condanna gli innocenti >>⁸⁵.[...]

Non sono dunque solo considerazioni relative alla posizione di svantaggio dell'imputato a suggerire queste conclusioni; esse sono imposte anche dalla considerazione del **danno recato al funzionamento della giustizia penale** nel suo complesso: se si diffondesse il dubbio che le corti condannano gli innocenti, verrebbero meno il rispetto e la fiducia della <<società di uomini liberi>> nella legge penale.”⁸⁶

Vedremo nel prossimo capitolo come il criterio dell'oltre il ragionevole dubbio sia saldamente entrato di fatto nella prassi tanto da assurgere - per

⁸⁵ SCHRADER-FRECHETTE, Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms, 1991, trad. It. a cura di POLI, Valutate il rischio, Milano, pag. 184, 1993.

⁸⁶ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 127.

espesso richiamo della stessa Corte di Cassazione – a principio di diritto generalmente riconosciuto.

CAPITOLO SECONDO

La responsabilità del medico-chirurgo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

1. Note introduttive.

Il tema della causalità ha creato, sin dalle sue prime elaborazioni, molte difficoltà prasseologiche. In modo particolare la difficoltà di applicazione si è riscontrata in fattispecie colpose ed in quelle maggiormente complesse come i casi di omissione nell'ambito della chirurgia.

Ripercorreremo, nei paragrafi successivi, l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità al fine di saggiare la meticolosa ricostruzione del nesso causale, filo conduttore tra discipline quali la medicina legale ed il diritto penale. Potremo così saggiarne l'evolversi attraverso la lettura di alcune importanti pronunce, che devono considerarsi ciascuna come un tassello di un grande puzzle ancora da completare. Le sentenze che esamineremo, in alcuni casi, sembravano condurre a mutamenti epocali, anche se la materia risulta allo stato attuale in continuo divenire.

Il ruolo della Suprema Corte appare fondamentale in materia di responsabilità penale in chirurgia. Infatti, a fronte di una interpretazione differenziata dell'istituto da parte della dottrina e della stessa giurisprudenza di merito, interviene l'attività della Cassazione, nella sua funzione *nomofilattica*, ad enunciare una serie di principi di diritto utili a fornire un indirizzo unitario cui uniformarsi.

Le difficoltà di una unitaria ricostruzione giurisprudenziale della causalità in medicina-legale, derivano dalla relazione intercorrente tra *tre nodi problematici* : **Strutturali – Concettuali – Prasseologici**.⁸⁷

La interrelazione tra questi tre aspetti si sviluppa in uno schema preciso secondo il quale “ i problemi strutturali, collegati alla peculiare fisionomia del comportamento tipico (‘omissione’ *versus* ‘azione’) sono

⁸⁷ In questo senso PALIERO C. E. , “La causalità dell'omissione : formule concettuali e paradigmi prasseologici”, in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 826, 1992.

direttamente interrelati – per un condizionamento reciproco che giunge sino alla difficoltà di una separazione netta – con i problemi concettuali, a loro volta rappresentati dalle maggiori complessità ricostruttive del nesso di condizionamento ‘omissivo’ rispetto a quello ‘attivo’ (‘condizione statica’ *versus* ‘condizione dinamica’).

Frutto, vuoi della fusione, vuoi della dialettica, di questi due distinti piani sono i diversi *paradigmi prasseologici* che la giurisprudenza ha elaborato e tuttora va elaborando, in questa materia ricca di aporie.”⁸⁸

A questo *status quo* si aggiunge il problema della uniformazione della criteriologia medico-legale al dettato normativo ed alla prassi giuridica, correttamente intesa. Solo di recente sta andando marginandosi la frattura tra medicina e diritto. Nel capitolo precedente abbiamo potuto indagare l’origine di detta frattura, osservando come la stessa sia stata inferta dalle pretese della medicina legale di elaborare un proprio metodo autonomo rispetto a quello avvalorato dalle norme giuridiche.

Soffermiamoci, brevemente, sulla inversione di tendenza registrata negli ultimi periodi in seno alla medicina legale, la quale sempre più va alla ricerca ed utilizza criteri più propriamente giuridici.

2. L’approccio alla prassi da parte della medicina legale.

Abbiamo accennato al tentativo da parte della medicina-legale di utilizzare una criteriologia autonoma rispetto a quella strettamente giuridica, che ha comportato notevoli difficoltà di ricostruzione sul piano della prassi della causalità in medicina e chirurgia.

In vista del mutato atteggiarsi della medicina legale, risulta interessante volgere, per un istante, lo sguardo al tipo di approccio utilizzato dai medici legali nell’analisi della prassi.

In particolare richiamiamo tre sentenze, in relazione alle quali si è potuto registrare un tipo di approccio diverso della scienza medico legale.

⁸⁸ PALIERO C. E., op. cit. in nota precedente, pag. 826-827.

Dalla lettura di tali pronunce si può notare tanto il ridimensionamento dell'attività medico legale alla stregua di supporto strutturale, quanto il sostanziale utilizzo di schemi prettamente giuridici.

“Le tre sentenze indicano, relativamente al nesso causale per eventi dannosi che si ipotizzino dovuti a condotte omissive dei sanitari, il grado di probabilità che i Giudici del Supremo Collegio hanno ritenuto debba sussistere tra prestazione sanitaria e sua efficacia terapeutica nel salvare la vita al paziente, affinché si debba presumere che l'omissione di tale prestazione abbia causato l'evento di danno.”⁸⁹

La prima sentenza afferma che: << *al criterio della certezza degli effetti si può sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli) quando è in gioco la vita umana. Pertanto sono sufficienti anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico, sussistendo in difetto, il nesso di causalità qualora siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria del sanitario che ha visitato il paziente*>>.⁹⁰

Da questo inciso del provvedimento sembrerebbe emergere, in materia di causalità omissiva, l'utilizzo di criteri probabilistici e addirittura possibilistici in ipotesi eccezionali in cui sia in gioco la vita del paziente. Pertanto, a seguire alla lettera il disposto, si creerebbe una sorta di scala gerarchica tra tutela del bene vita e tutela del bene salute, ritenendo operativo il criterio della probabilità solo in casi limite in cui sia in giuoco la vita del paziente.

La seconda sentenza della Cassazione si muove nella medesima direzione : << *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 (e della idoneità della condotta a produrli)*>>⁹¹, si precisa poi, nel trattare della

⁸⁹ FIORI A., “Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale”, in Riv. It. Med. Leg., XIII, pag. 29, 1991.

⁹⁰ Cass. Pen. Sez. IV, 12/05/1983 N. 4320, in Riv. It. Med. Leg. VI, pag. 871, 1984.

⁹¹ Cass. Pen. Sez. IV, 10/07/1987 N. 8290, in Riv. It. Med. Leg. XI, pag. 668, 1989.

causalità che : << sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata >>.⁹²

La terza sentenza è quella più contraddittoria. Infatti, come nota FIORI , “...la Corte ribadisce dapprima la possibilità di far ricorso al criterio di probabilità in luogo a quello di certezza di << serie ed apprezzabili probabilità di successo >>⁹³ dell'intervento terapeutico inteso a salvare la vita del paziente. Subito dopo, tuttavia, sembra richiamarsi alla sentenza del 1983 quando afferma che << invero, quando è in gioco la vita umana, anche limitate probabilità di successo di un immediato intervento chirurgico sono sufficienti a configurare la necessità di operare>>.⁹⁴ Ma nella massima conclusiva la Corte ritorna a chiedere una probabilità quantitativamente elevata affermando che << sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta negligente del sanitario che non si sia adoperato per un urgentissimo intervento chirurgico, in ordine al quale spettavagli provvedere, e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non sarebbe valso con ogni certezza a salvaguardare la vita del paziente, avrebbe avuto notevoli probabilità di raggiungere lo scopo>>.^{95,96}

Le pronunce appena esaminate si occupano di responsabilità medica colposa collegata all'evento morte, quindi il bene tutelato qui risulta la vita stessa e non già genericamente la salute.

Sul punto, come osserva acutamente FIORI , : “ intendeva forse dire, la Corte di Cassazione, che il criterio di probabilità, in luogo di quello della certezza, è da adottarsi solo in casi particolari, relativi a condotte omissive dei sanitari che mettono in gioco la salute e la vita del paziente? Oppure le tre sentenze volevano soltanto ribadire la frequente necessità di accontentarsi del criterio di probabilità nei giudizi sul nesso causale

⁹² Vedi nota precedente.

⁹³ Cass. Pen. Sez. IV, 12/05/1989 N. 7118.

⁹⁴ Vedi nota precedente.

⁹⁵ Vedi nota precedente.

⁹⁶ FIORI A., op. cit., pag. 30-31.

anche in caso di azioni ed omissioni diverse dalla responsabilità professionale sanitaria? ”⁹⁷

Con particolare riferimento al mutato atteggiarsi della medicina legale FIORI formula la seguente riflessione: “ Resta da chiedersi che significato causale, perlomeno sul piano giuridico, abbiano le *situazioni in cui siano poche le probabilità di un rapporto causale tra una determinata azione, od omissione, e l’evento.*

In tema di omissione di un atto medico la citata sentenza della **Suprema Corte del 14 maggio 1983** ci pare esca dalla logica probabilistica quando afferma la sussistenza del rapporto causale per la mancata effettuazione di una **terapia chirurgica** che aveva *poche probabilità di salvare la vita del paziente*. Ci pare evidente che queste poche probabilità di avere l’effetto si traducono, in pratica, in poche probabilità di sussistenza del rapporto causale tra omissione ed evento morte. La Corte motiva questo <<rigore>> con la posta in gioco, la vita del paziente. Spetta ai giuristi stabilire se in rapporto al diverso bene garantito si giustifichi un criterio di valutazione del nesso eziologico particolare, diverso da quello adottato nella maggioranza dei casi. [...]

Questa impostazione della Corte, in ogni caso, porta il principio probabilistico a conseguenze che ci sembrano estranee alla sua intima natura [...].

Saggiamente, pertanto, la Corte di Cassazione ha inteso mutare il proprio orientamento, correggendo, con le sentenze del 1987 e del 1989, l’abnorme affermazione del maggio 1983, riportando il criterio di giudizio sul nesso causale entro i canoni generali senza differenze a danno della categoria medica che, a nostro avviso, sembrano viziate di incostituzionalità.”⁹⁸

Mai come adesso risultano attuali queste riflessioni di FIORI, specie se si pensa alla recente sentenza a sezioni unite della Cassazione, che verrà esaminata nel prosieguo del capitolo e che si occupa proprio di questi aspetti.

⁹⁷ FIORI A, op. cit., pag. 31.

⁹⁸ FIORI A., vedi nota precedente.

A questo punto pare necessario riprendere il nostro percorso giurisprudenziale per comprendere a quali risultati abbia portato questo genere di impostazione causale.

Ripercorrendo le principali sentenze, che hanno tratteggiato i principali orientamenti della giurisprudenza, giungeremo ad una rinnovata esigenza di ricostruzione del principio di legalità.

3. L'evoluzione prasseologica della causalità omissiva in medicina e chirurgia. I paradigmi di PALIERO.

Cerchiamo di ripercorrere la giurisprudenza degli ultimi anni, nel tentativo di verificare, a livello prasseologico, le mutevoli influenze della dottrina in tema di causalità colposa e omissiva in medicina e chirurgia.

Molti cultori della materia si sono cimentati nella ricostruzione della prassi giurisprudenziale. Tra di essi la più efficace risulta quella condotta da PALIERO. Proprio per la sua completezza, la ricostruzione di quest'ultimo, viene a sua volta richiamata da ulteriori autorevoli Autori quali CARCANO e BARNI.

In particolare PALIERO individua nella giurisprudenza italiana sulla causalità in medicina e chirurgia nelle fattispecie colpose ed omissive, *quattro paradigmi prasseologici* :

- a) *Il paradigma della volatilizzazione del nesso;*
- b) *Il paradigma della certezza;*
- c) *Il paradigma della probabilità;*
- d) *Il paradigma dell'aumento del rischio.*

Nonostante la suddetta classificazione appartenga al 1992⁹⁹, essa risulta estremamente idonea ad essere utilizzata, come base di riflessione.

In particolare lo stesso BARNI la utilizza per condurre, grazie al contributo di autorevoli medici legali, un'aspra critica nei confronti della giurisprudenza. In questo contesto l'*iter* giurisprudenziale viene definito dall'Autore *un lungo viaggio verso il nulla*.

⁹⁹ Infatti venne pubblicata da PALIERO C. E., "La causalità dell'omissione formule concettuali e paradigmi prasseologici", in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 822 e ss., 1992.

BARNI sostiene, infatti, che la *questione* della causalità “ si staglia in tutta la sua drammatica evidenza allorché dal piano cioè epistemologico-concettuale, si passa alla dimensione prasseologica, della quale la giurisprudenza esprime la più autorevole esternazione valutativa, cui la Medicina legale fornisce, con specifico riguardo alla responsabilità medico-chirurgica [...] quasi alla stregua di laboratorio di ricerca, il sostegno scientifico dei paradigmi utilizzati su base criteriologia, epidemiologica, ecc. Essi conducono in effetti a quattro possibili posizioni risolutive nella valorizzazione dei legami condizionanti :

- a) la svalutazione (volatilizzazione) del nesso;
- b) la esigenza di certezza;
- c) la sufficienza delle probabilità;
- d) lo apprezzamento dell'aumento del rischio.”¹⁰⁰

Fatta questa breve premessa ci sia consentito procedere brevemente all'esame dei singoli paradigmi sopra individuati.

3.1. Segue <<La volatilizzazione del nesso causale>>.

Il paradigma della c.d. *volatilizzazione del nesso*, che CARCANO ribattezza come *volatilizzazione del rischio*¹⁰¹, è rappresentato dall'atteggiamento della giurisprudenza rivolto a trattare l'accertamento causale <<semplicemente obliterandolo>>.

Le due pronunce, una di condanna e l'altra di assoluzione, sulle quali l'Autore sviluppa questo paradigma sono il <<caso del malato mentale>>¹⁰² ed il <<caso dell'anestesista>>¹⁰³.

Da un rapido esame delle citate decisioni, si comprende il modo attraverso il quale i giudici della Suprema Corte raggiungono il risultato di *volatilizzare il nesso*; in particolare nel primo caso << Si evince agevolmente come , nella specie, il ricorrente non aveva alcun potere o

¹⁰⁰ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, Giuffrè Editore, Milano, pag. 117, 1995.

¹⁰¹ CARCANO D., Voce “Rapporto di causalità”, in Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Giuffrè editore, Milano, pag. 55, 2000.

¹⁰² Cass. Pen. Sez. IV, 05/05/1987, Bondioli, in Foro It., II, pag. 107, 1988.

¹⁰³ Cass. Pen. Sez. IV, 07/11/1988, Servadio, in Riv. Pen., pag. 1146, 1989.

dovere di intervento >> e pertanto << *come sia assolutamente insussistente il nesso di causalità tra la sua condotta e l'evento, il che si traduce nella formula liberatoria [...] della insussistenza giuridica del fatto-reato >>*.¹⁰⁴ Il ragionamento utilizzato nel secondo caso è il medesimo, infatti si legge << Il medico anestesista [...] ha l'obbligo di attivarsi facendo intervenire altro anestesista ed altri sanitari, ovvero disponendo il ricovero d'urgenza del paziente stesso in unità di rianimazione. Qualora ometta tale comportamento [...] sicché il paziente venga a morte, di ciò ne risponde sia sotto il profilo della causazione diretta, sia in relazione all'inerzia, con nota dal referente normativo ex art 40 c.p.v., essendogli addebitabile la verifica di un evento che aveva l'obbligo di impedire >>. ¹⁰⁵

Come nota PALIERO : “ Questo risultato di autentica *vaporizzazione* del legame causale, i giudici lo raggiungono sfruttando, con un autentico circolo vizioso, le peculiarità strutturali della fattispecie omissiva [...] ; l'accertamento, nell'un caso dell'assenza, nell'altro caso della presenza di una posizione di garanzia in capo all'autore *bastano* per escludere e, rispettivamente, per affermare la sua penale responsabilità per omesso impedimento. E in questa – diversa- verifica si dissolve completamente la ricostruzione del processo causale; la ‘spiegazione’ dell'evento *non* avviene più in termini *condizionalistici*, ma in termini *ascrittivi* : data la posizione di garanzia, l'evento viene *ipso facto*, su questa base, imputato – ascritto - al soggetto. ”¹⁰⁶

3.2. Segue <<La certezza>>.

Il secondo paradigma isolato si pone in completa antitesi con il primo. Qui, infatti, non solo viene effettuata correttamente la formulazione condizionalistica, ma la Corte di Cassazione pretende di utilizzare solo *leggi universali* per la spiegazione causale, esigendo pertanto, anche rispetto alla scienza medica, il requisito della *certezza*.

¹⁰⁴ Vedi nota 139.

¹⁰⁵ Vedi nota 140.

¹⁰⁶ PALIERO C. E., op. cit., pag. 848-849.

I casi considerati da PALIERO e che si ascrivono a questo filone sono anch'essi due : Il primo, piuttosto risalente, è il << caso dell'antitetanica >>¹⁰⁷; il secondo è il << caso dell'asmatico >>¹⁰⁸.

Nelle prima pronuncia si legge : << *Non sempre il tetano viene impedito dalle iniezioni di siero essendosi avuti casi di tetano post-serioso, e vi sono stati casi in cui il tetano, anche senza iniezioni, non scoppia* >>¹⁰⁹.

Nella seconda : << *In caso di asma bronchiale [...] l'omissione di una adeguata e corretta terapia corticosteroidica da parte del sanitario non può essere considerata in maniera certa, come sarebbe necessario, causa e concausa della morte del paziente, essendo parimenti possibile che tale evento sia da riferire al tipo di malattia ed in particolare ad un non accertato sopravvenuto fattore dotato di una propria e completa efficacia causale del tutto indipendente dall'omissione stessa* >>¹¹⁰

PALIERO ci fa constatare che “ i giudici, in questi casi, da un lato pretendono di applicare rigidamente alla scienza medica il paradigma di verifica popperiano (caso dell'anestesista), dall'altro sembrano dare spazio a cause alternative ipotetiche per *escludere* il nesso di causalità, di cui quelle inficerebbero appunto la *certezza* (caso dell'asmatico).”¹¹¹

Recentemente CARCANO ha provveduto ad aggiornare la classificazione elaborata da PALIERO con provvedimenti più recenti.

“ Altra decisione della Cassazione, di molto successiva a quella del 1952, si è espressa nello stesso senso : << *in tema di rapporto di causalità, la disposizione dell'art 40 c.p. richiede, esplicitamente, che l'evento, da cui dipende l'esistenza del reato, sia – e non, semplicemente, possa essere – conseguenza dell'azione o dell'omissione del soggetto cui la condotta è attribuita. Ne consegue che non soddisfa l'onere della motivazione la sentenza che assume come probabile la*

¹⁰⁷ Cass. Pen. Sez. II, 17/10/1952, Amistani, in Giustizia Penale, II, pag. 4, 1953.

¹⁰⁸ App. Roma, 09/11/1985, Patriarca, Riv. It. Med. Leg., pag. 611, 1987.

¹⁰⁹ Vedi nota 144.

¹¹⁰ Vedi nota 145.

¹¹¹ PALIERO C. E., op. cit., pag. 850.

*sussistenza del nesso di causalità tra condotta del giudicabile ed evento dedotto in causa >>*¹¹².

Il paradigma della certezza è stato ripreso da una recente decisione sempre in tema di intervento del medico-chirurgo.¹¹³ In questa sentenza si afferma che la *non indispensabilità* di un intervento terapeutico non può essere equiparata alla *indispensabilità* dello stesso che, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, deve essere accertata la *necessaria correlazione* tra *l'omissione dell'intervento doveroso* e il *decesso* del paziente. In virtù di tale regola, la Cassazione ha stabilito che nel caso di specie il giudice di merito avrebbe dovuto accertare che l'applicazione della sonda avrebbe <<certamente>> evitato quella invasione degli alveoli polmonari da materiale alimentare che ha determinato il decesso.”¹¹⁴

3.3. Segue << La probabilità>>.

Il terzo paradigma riscontrato in giurisprudenza è quello della probabilità.

Esso rappresenta, senza dubbio, il nucleo più ampio della nostra indagine, ma anche il più controverso.

In questi casi “il modello euristico continua ad essere di tipo *nomologico*, ma, il criterio di concretizzazione si affranca dal paradigma popperiano, per ancorarsi, piuttosto, ad una base *statistico-probabilistica*.

La ridescrizione dell'evento avviene attraverso la sussunzione sotto leggi di copertura, che però – essendo la medicina scienza ‘empirica’ e non scienza ‘esatta’ – sono necessariamente leggi *statistiche*, che fondano giudizi di tipo *probabilistico*.”¹¹⁵

¹¹² Cass. Pen., 15/05/1989, Rcciardi, in Cass. Pen. , pag. 1211, 1990.

¹¹³ Cass. Pen., 15/05/1998, Barraco, in Dir. Pen. e Proc. , 8, pag. 963, 1998.

¹¹⁴ CARCANO D., op. cit., pag. 56-57.

¹¹⁵ PALIERO C. E., op. cit., pag. 850.

A questo filone appartengono una vasta gamma di sentenze, più o meno recenti, alcune delle quali sono state già menzionate nel paragrafo relativo al recente approccio della medicina legale.

Tra i casi celebri ricordiamo il <<caso Oneda>>¹¹⁶ riguardante la morte per talassemia della figlia di una coppia di testimoni di Geova che impedirono la terapia trasfusionale; il <<caso Melis>>¹¹⁷ relativo ad una omessa terapia antitetanica.

Questo orientamento giurisprudenziale, trova il suo punto centrale nell'utilizzo di leggi di copertura di tipo statistico per la ricostruzione del nesso causale.

In particolare, nel <<caso Melis>> la Corte di Cassazione si esprime così : << *Sussiste sempre il nesso di causalità tra condotta imperita, negligente o imprudente del sanitario, il quale non abbia disposto cautele ed accertamenti che avrebbero portato ad un sollecito intervento chirurgico su un infortunato, e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il ferito, aveva buone probabilità di raggiungere tale scopo*>>. ¹¹⁸

In questo caso “ nel verificare se la condotta, temporalmente distinta, dei due sanitari chiamati ad intervenire in aiuto dell'infortunato, fosse risultata adeguata ad impedire l'evento letale, la Cassazione ha, innanzi tutto, escluso la mancanza di colpa, con riferimento all'omissione delle <<*doverose cautele di ricovero ed accertamenti clinici ospedalieri cui i sanitari avrebbero dovuto provvedere nei confronti dell'infortunato da essi visitato*>>. ¹¹⁹

In merito all'accertamento del nesso di causalità tra condotta colposa omissiva ed evento *morte*, come ci fa notare la RENDA, “ i giudici della Cassazione hanno sostenuto che al criterio di certezza degli effetti della

¹¹⁶ Cass. Pen. Sez. I, 23/01/1984, Oneda, in Foro It., II, pag. 361, 1984, con nota di FLORIS.

¹¹⁷ Cass. Pen. Sez. IV, 12/05/1983, Melis, in Foro It., II, pag. 351, 1986, con nota di RENDA.

¹¹⁸ Vedi nota precedente.

¹¹⁹ RENDA L., “Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica”, in nota alla sentenza della Cass. Pen. Sez. IV, 12/05/1983, Melis, in Foro It., II, pag. 351, 1986.

condotta si possa sostituire quello della probabilità di tali effetti, nel senso che sussiste il rapporto di causalità anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto, non già la certezza, quanto serie ed apprezzabili probabilità di successo.”¹²⁰ - ¹²¹

L'Autrice appartiene a quel filone dottrinale che distingue nettamente i criteri da utilizzare per la causalità attiva dai criteri da utilizzare per la causalità omissiva che, alla luce delle nuove corrette interpretazioni, devono essere osteggiati ed abbandonati.

“ L'elaborazione di un metodo di accertamento della causalità omissiva avente un grado di attendibilità minore rispetto a quello proprio della causalità del reato commissivo (probabilità in luogo di certezza) deriva dalla natura normativa del nesso causale tra omissione ed evento, nonché dal carattere ipotetico del giudizio posto a base di tale accertamento.”¹²²

Non entriamo nel merito di queste affermazioni, avendo già chiarito, nel corso del capitolo precedente, la nostra posizione. Tuttavia, appare interessante, la precisazione della stessa RENDA, secondo la quale << il giudizio formulato in materia di causalità omissiva è, per sua stessa natura, fondato su un metodo eziologico a struttura probabilistica, ed è – ecco il punto cruciale – tanto valido quanto più vicino alla certezza>>.¹²³

Vi è sempre una certa prudenza da parte dell'Autrice, la quale si pone in posizione critica rispetto alla Suprema Corte “ laddove , dopo aver correttamente ritenuto sussistente il rapporto causale, sul presupposto che la realizzazione dell'azione doverosa omessa sarebbe valsa ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza [...], ha ritenuto di dover <<aggiungere, che quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico

¹²⁰ Vedi nota precedente.

¹²¹ Sostanzialmente nello stesso senso cfr. Assise Cagliari 10/05/1982, Foro It., 1983 con nota di FIANDACA; Appello Venezia 29/04/1981, id., Rep. 1982, voce *Reato in genere*, n. 11; Tribunale Caltanissetta 09/03/1963, id., Rep. 1963, voce *Reato colposo*, n. 125 e in Riv. Pen., 1963, II, 1063 con nota di LI VECCHI; Cassazione 03/07/1962, Castellucci, Foro It., Rep. 1963, voce cit., n. 37.

¹²² RENDA L., op. cit., pag. 351.

¹²³ RENDA L., op. cit., pag. 352.

sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'inerzia colpevole del sanitario che ha visitato il paziente>>.

Invero, neanche la considerazione dell'assoluta prevalenza ed importanza del diritto alla vita può giustificare la messa in disparte dei fondamentali principi di legalità e certezza del diritto, fino all'utilizzazione di criteri di imputazione non verificabili e, dunque, non attendibili. D'altronde, nell'economia della sentenza in epigrafe, l'accento alla necessità di una tutela rafforzata del bene vita costituisce un semplice *obiter dictum*, visto che, nella specie, come ha ritenuto la stessa Corte, non poche erano le probabilità di successo di un intervento precoce sull'infortunato. Ciò non toglie, tuttavia, che l'aggiunta su riportata possa suscitare dubbi e perplessità. Vi è stato chi ¹²⁴, infatti, si è domandato se la sentenza in esame intenda in realtà, e sia pure in modo imperfetto sotto il profilo lessicale, ribadire correttamente la sufficienza di un nesso causale tra condotta ed evento in termini di probabilità ; oppure voglia costruire un rapporto causale sul poco <<probabile>>, vale a dire su basi <<possibilistiche>>. Sebbene una lettura attenta della motivazione non lasci dubbi sulla reale utilizzazione, ai fini della decisione, della prima delle due tesi prospettate, va d'altra parte rilevato che, specie nella dottrina tedesca, sembra guadagnare terreno un orientamento in un certo senso simile a quello espresso in forma di *obiter dictum* : precisamente, nel senso che colui che rivesta la posizione di garante [...] sarebbe chiamato a rispondere non solo quando l'azione doverosa omessa avrebbe con una probabilità vicina alla certezza impedito il verificarsi dell'evento, ma anche quando sarebbe valsa a ridurre il pericolo di lesione del bene in questione.

Un simile punto di vista corrisponde all'applicazione della c.d. teoria dell'aumento del rischio anche ai reati omissivi.”¹²⁵

¹²⁴ LUBINI, SINI, “In tema di rapporto di causalità tra condotta medico-chirurgica ed evento infausto”, in Giust. Pen. ,II, pag. 8, 1986, in nota alla sentenza in epigrafe.

¹²⁵ RENDA L., op. cit., pag. 352-353.

Ma, di questo strumento di imputazione, ci occuperemo nel prossimo paragrafo. Ora ritorniamo al paradigma prasseologico della probabilità.

Per tornare alla classificazione operata da PALIERO, destano clamore alcune sentenze in cui la quantificazione percentuale della dimostrazione del nesso causale è estremamente bassa.

Ricordiamo in particolare la decisione della Cassazione in tema di <<tetano *post-partum*>>¹²⁶, richiamata come una pronuncia ‘rivoluzionaria’ ed ‘eversiva’. In essa, la Suprema Corte ha operato una quantificazione pari addirittura al 30 % di possibilità di salvezza della probabilità ‘*sufficiente*’ per ritenere causale l’omissione della terapia prescritta.

In questo quadro ermeneutico PALIERO distingue fra :

[a] le decisioni che *quantificano* il tasso di *probabilità* dell’impedimento dell’evento attraverso l’azione terapeutica prescritta;

[b] le decisioni che, invece, si limitano ad affermare una *generica probabilità*, se non la *anche scarsa* probabilità di successo dell’azione doverosa, ritenendo integrato su questa base il nesso causale omissivo.

Le prime sono sostanzialmente il <<caso del pediatra>>¹²⁷ ed il <<caso del tetano post-partum>>¹²⁸; le seconde sono il <<caso Melis>>¹²⁹ ed il <<caso dell’intervento urgente>>¹³⁰.

Nel primo caso la Corte stabilisce che : << *una terapia a base di cortisonici, decongestionanti e spasmolitici non solo era possibile , se fosse stata effettuata una tempestiva diagnosi del male, ma aveva notevoli probabilità di successo, fino ad un buon 80-70 %* >>¹³¹.

Nel caso del tetano *post partum*: << *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, anche*

¹²⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 12/07/1991, Silvestri e Leone, in Riv. Pen., pag. 452, 1992.

¹²⁷ Cassazione 10 luglio 1987, Sez. IV, Ziliotto, Riv. Pen., pag. 91, 1988.

¹²⁸ Vedi nota 163.

¹²⁹ Vedi nota 154.

¹³⁰ Cassazione 12 maggio 1989, Sez. IV, Prinziavalli, Riv. Pen., II, pag. 119, 1990.

¹³¹ Vedi nota 164.

limitata, nel caso di specie, al 30 % [...] probabilità nel caso di specie rafforzata dalla giovane età della paziente e dalla sua forte fibra>>¹³².

Nel caso Melis la Cassazione ribadisce che : << *Quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento sono sufficienti, talché sussiste un nesso di causalità>>¹³³.*

Nell'ultimo caso, infine, si legge : << *Il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza ma solo serie ed apprezzabili possibilità di successo tali da far ritenere che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata >>¹³⁴.*

In relazione ai primi due casi, ed alle differenze enunciate al primo punto, PALIERO puntualizza come sia “evidente che il paradigma utilizzato *resta* di tipo *nomologico* ancorché suffragato da una base generalizzante probabilistica (statistica) (si potrà semmai discutere sulla *soglia minima* di probabilità – come si vede, nelle decisioni assai variabile – epistemologicamente accreditata di fondare un giudizio di causalità : ma questo è un altro problema).”¹³⁵

In relazione alle altre due sentenze ed alla seconda distinzione, “il supporto nomologico sembra più enunciato apoditticamente che effettivamente allegato, e la formula condizionalistica tende allora a orientarsi – ma per corritività argomentativi, piuttosto che per scelta teorica consapevole – nella direzione del paradigma *stocastico*.”¹³⁶

3.4. Segue << L'aumento del rischio>>.

Abbiamo cominciato ad accennare al paradigma dell'aumento del rischio già con il commento di Laura RENDA alla sentenza sul caso Melis.

In quella circostanza le riflessioni riguardavano però, non direttamente l'esito della pronuncia, ma semplicemente un *obiter dictum* inserito

¹³² Vedi nota 163

¹³³ Vedi nota 154.

¹³⁴ Vedi nota 167.

¹³⁵ PALIERO C. E., op. cit., pag. 852.

¹³⁶ Vedi nota precedente.

dalla Suprema Corte dal quale *poteva* evincersi l'estensione della teoria dell'aumento del rischio anche ai reati di tipo omissivo.

“ Sotto il profilo storico-dogmatico, la teoria in parola è stata originariamente formulata sul terreno dei reati colposi : si è ,cioè, sostenuto che, ai fini della sussistenza della colpa, non basterebbe accertare il nesso di causalità materiale e la violazione del dovere di diligenza; oltre a ciò, sarebbe necessario verificare se la condotta conforme al dovere di diligenza sarebbe davvero valsa quantomeno a ridurre il rischio di verificazione dell'evento.

Invero, si è obiettato che la teoria dell'aumento del rischio, con riferimento ai reati colposi, trasformerebbe, *contra legem*, i reati di evento in reati di pericolo, con conseguente violazione del principio *in dubio pro reo*. Tuttavia, nell'ambito dei reati commissivi tale obiezione non sembra cogliere nel segno, poiché il principio in parola non sostituisce, ma integra l'accertamento della causalità e, dunque, non estende ma restringe l'ambito della punibilità.”¹³⁷

La teoria dell'aumento del rischio produce un forte impatto quando viene considerata in termini di causalità attiva, le cose si complicano ulteriormente per la causalità omissiva.

Come nota la stessa RENDA “ considerato con riferimento ai reati omissivi, un simile punto di vista presta, invece, il fianco ad obiezioni difficilmente superabili. Infatti, in tale ambito il principio dell'aumento del rischio finirebbe per sostituirsi alla causalità, e non per integrarla, con la conseguenza di trasformare surrettiziamente i reati omissivi impropri in reati senza evento, più precisamente in reati di mera condotta, puniti in base alla semplice idoneità a porre in pericolo il bene protetto.”¹³⁸

Secondo l'opinione di PALIERO, il paradigma prasseologico dell'aumento del rischio, si colloca a livello di formula condizionalistica

¹³⁷ RENDA L., op. cit., pag 353.

¹³⁸ RENDA L., vedi nota precedente.

<< degli elementi *prognostici* che fanno seriamente dubitare che ci si trovi nell'ambito di un paradigma euristico di *tipo nomologico*>>. ¹³⁹

L'Autore ascrive a questo orientamento il <<caso Vendemini >>¹⁴⁰ relativo ad un giocatore di basket morto per arresto cardiaco; il <<caso del metadone>>¹⁴¹ ed il <<caso della mammografia>>. ¹⁴²

Nella sentenza sul <<caso Vendemini>> si legge che : << *l'attività sportiva agonistica svolta [...] aveva accelerato il decorso della malattia e reso inevitabile la morte [...]; nella valutazione dell'efficienza causale [...] non assume rilevanza la circostanza che la vittima avesse piena consapevolezza del rischio che tale prosecuzione comportava*>>. ¹⁴³

Nel <<caso della mammografia>> la Pretura di Ivrea ha affermato : << è noto che la sopravvivenza si riduce man mano che aumenta il diametro del tumore ed esiste un evidente nesso di causalità tra la mancata diagnosi precoce e l'evoluzione del tumore [...] una corretta valutazione mammografia avrebbe potuto rilevare un cancro agli stadi iniziali[...], di conseguenza la prognosi dopo l'intervento sarebbe stata più favorevole>>. ¹⁴⁴

Infine la Corte di Cassazione nel <<caso del metadone>> dice : << *sussiste la responsabilità del medico che non riduca al minimo i rischi di ogni terapia, prescrivendo farmaci potenzialmente idonei (come il metadone) a determinare l'insorgere di intossicazioni acute senza far precedere o accompagnare la somministrazione da opportuni accertamenti*>>. ¹⁴⁵

In questi casi, PALIERO, nota come l'accertamento del rapporto causale si esaurisca nella *verifica della mancata diminuzione del rischio* letale da parte del sanitario.

¹³⁹ PALIERO C.E., op. cit., pag. 852.

¹⁴⁰ Cass. Pen. Sez. IV, 19/04/1983, Milardi, Riv. It. Med. Leg., pag. 480, 1984.

¹⁴¹ Cass. Pen. Sez. I, 8/06/1968, Montalbano, Riv. Pen., pag. 424, 1989.

¹⁴² Pretura Ivrea 5 giugno 1989, Aloni, Foro It. , pag. 601, 1989.

¹⁴³ Vedi nota 177.

¹⁴⁴ Vedi nota 178.

¹⁴⁵ Vedi nota 179.

“ Nel caso del metadone, addirittura al sanitario si accolla un *onere di minimizzazione* del rischio stesso : e la mancata diminuzione del rischio operatorio è certamente alla base della riconosciuta ‘tipicità’ della condotta del ginecologo che omette di far eseguire una mammografia – un intervento medico che, si badi, è esterno e precedente all’ambito operatorio stesso.

In definitiva, qui il criterio adottato è di tipo esclusivamente *prognostico*, ed il paradigma utilizzato è di tipo *stocastico-disposizionale*. Con queste sentenze la formula *dell’aumento del rischio* entra decisamente nella nostra prassi giudiziale. Il quesito è semmai : si tratta forse di una ‘*sostituzione di paradigma*’, cioè della rinuncia alla formula della *condicio sine qua non* ? Ovvero, piuttosto si tratta di una semplice *integrazione* del paradigma nomologico con elementi prognostici resi indispensabili – come ho sostenuto – dalla struttura di ‘*controfattuali di secondo grado*’ propria dell’enunciato condizionalista relativo all’omissione?

Ma a tale quesito, una risposta potrà venire solo dagli sviluppi futuri della giurisprudenza.”¹⁴⁶

Certo è che l’utilizzo di questo genere di paradigma appare pericoloso ed arbitrario tanto da essere definito da BARNI alla stregua di << *inquietante incursione nel mero possibilismo*>>.¹⁴⁷

In effetti questo genere di orientamento appare del tutto avulso dal nostro sistema giuridico.

Sebbene la dottrina tedesca l’abbia ampiamente utilizzato, non si capisce come esso possa conciliarsi, ‘*integrarsi*’, con il nostro schema causale.

PALIERO, avendo riguardo alla teoria in oggetto, seguendo le autorevoli ricostruzioni della dottrina tedesca, afferma che: “può definirsi *causale* rispetto all’evento – e quindi all’agente imputabile oggettivamente [...] quella condotta umana che abbia contribuito *ad aumentare il rischio* di lesione del bene giuridico : rischio, che

¹⁴⁶ PALIERO C. E., op. cit., pag. 853-854.

¹⁴⁷ BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale, Giuffrè Editore, Milano, pag. 117, 1995.

ovviamente si deve essere, in concreto, verificato con la produzione *effettiva* dell'evento tipico lesivo.”¹⁴⁸

Quando si tratta, poi, di applicare questo paradigma imputativo-obiettivo alle fattispecie omissive colpose nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, ecco che l'Autore sottolinea l'emergere di alcune peculiarità: “il criterio fondante l'imputazione sarà, nella specie, non tanto l'*aumento*, quanto piuttosto la *mancata diminuzione* del rischio di lesione del bene giuridico;

la struttura colposa favorirà l'integrazione fra 'criterio del rischio' e 'criterio dello scopo della norma'; ma ne sortirà fatalmente l'inseparabile *fusione* fra *criterio di imputazione oggettiva* e *dovere* (soggettivo) di diligenza; il problema causale si dissolverà per intero – questa volta consapevolmente, e non per corrività prasseologica – nell'accertamento della violazione della regola cautelare.

Ne consegue che risponderà penalmente [...] chi, potendo ed essendo tenuto a farlo, *non abbia diminuito il rischio* di lesione del bene giuridico che la sua posizione di garanzia e la regola di diligenza che vi sia connessa affidavano alla sua tutela.”¹⁴⁹

Questo genere di teorizzazioni conducono, in una materia quali le omissioni in medicina e chirurgia, a soluzioni aberranti.

Lo stesso PALIERO, attraverso *l'ipotesi del doppio cieco*, esprime le sue perplessità in merito.

“ L'eventuale *sostituzione* del paradigma condizionalistico con il paradigma dell'aumento del rischio, se sul piano dogmatico porta alla confusione tra fatto tipico ed antigiuridicità (cioè fra *oggetto* della valutazione e *criterio* di valutazione), sul piano ermeneutico porta a conseguenze applicativa ancor più sconcertanti soprattutto in materia di fattispecie omissive. Come ho detto, nel caso dell'omissione il criterio di imputazione incentrato sul rischio si specifica – specularmene rispetto

¹⁴⁸ PALIERO C. E., op. cit., pag. 832.

¹⁴⁹ PALIERO C. E., op. cit., pag. 833.

alle fattispecie commissive – come “diminuzione delle *chances* di salvezza”.¹⁵⁰

Vedremo, nei seguenti paragrafi, quale sia stata la sorte di questo paradigma prasseologico alla luce delle indicazioni della Corte di Cassazione.

4. I recenti sviluppi della giurisprudenza e le tendenze attuali.

Appare indispensabile, a questo punto, schematizzare lo sviluppo della giurisprudenza in materia per verificare gli esiti cui recentemente è giunta.

In via preliminare possiamo indicare il susseguirsi di varie fasi di elaborazione giurisprudenziale. La prima va dagli anni '50 al 1990, la seconda dal 1990 al 2000, la terza fase è iniziata con la sentenza a Sezioni Unite della Cassazione del 2002.

In questo contesto fungono da spartiacque alcune importanti pronunce: la sentenza sul disastro di Stava del 1990, che interviene sulla causalità attiva; tre sentenze del 2000 seguite dalla sentenza c.d. Franzese a Sezioni Unite della Cassazione del 2002 che si occupano della causalità in chirurgia con particolare riferimento alle fattispecie colpose ed omissive.

4.1. La prima stagione della giurisprudenza.

In primo luogo è indispensabile precisare che per quanto le indicazioni di PALIERO risultino idonee a fornire un primo e ben definito schema prasseologico, esse vanno contestualizzate.

Lo schema è realizzato sulla base di pronunce, quasi completamente, relative ad anni immediatamente precedenti rispetto alla importante sentenza della IV Sezione della Suprema Corte del 6 dicembre 1990¹⁵¹. Essa, a detta di vari autori, rappresenta una “svolta copernicana”¹⁵², fissando nel proprio dispositivo una serie di principi che fanno uscire

¹⁵⁰ PALIERO C. E., op. cit., pag. 833-834.

¹⁵¹ La sentenza citata è relativa al tragico <<disastro di Stava>> è disponibile in Cass. Pen., pag. 2726, 1992.

dall'ombra la causalità, producendo l'inizio della sua evoluzione in giurisprudenza.

“ Prima di allora, vale a dire nel periodo che va all'incirca dagli anni '50 al 1990, il paradigma dominante era quello dell'accertamento del rapporto causale affidato all'intuizione, al fiuto, all'imperscrutabile apprezzamento soggettivo del singolo giudice. E' il periodo delle elaborazioni non tanto – per usare le parole di CARRARA - “perplesse ed incerte”, ma compiute, a ben vedere, nel vuoto costituito dell'assoluta mancanza di criteri oggettivi e razionali. Di conseguenza, quelle verità “che potrebbero dirsi scolpite nel cuore dell'uomo dal dito di Dio” ed espresse innanzi tutto dalla regola *in dubio pro reo* (o dell'oltre il ragionevole dubbio), restano completamente al di fuori, per quanto ciò possa risultare sorprendente, dall'orizzonte giurisprudenziale.^{153, 154}

Intanto questa pronuncia - recependo le elaborazioni di Federico STELLA¹⁵⁵ - introduce a livello di principio di diritto, in quanto diretta emanazione del supremo organo giudiziale del nostro ordinamento, l'utilizzo del modello di sussunzione sotto leggi, il quale deve necessariamente integrare il criterio della *condicio sine qua non*.

Già questa è una precisazione fondamentale dal momento che – come nota puntualmente STELLA – “ il rischio degenerativo del nostro sistema democratico si celava nella tendenza dei giudici ad utilizzare la condizione *sine qua non* come formula vuota [...] sotto l'uso della quale si annidava l'arbitrio più assoluto.”¹⁵⁶

¹⁵² Così STELLA F., in STELLA CRESPI ZUCCALA', Commentario breve al codice penale, Padova, pag. 139, 1999.

¹⁵³ Per un panorama della giurisprudenza di questo periodo, cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, seconda ed., Milano, 2000, pag. 39ss., pag. 47 ss..

¹⁵⁴ D'ALESSANDRO F., “La certezza del nesso causale : la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di Cassazione sull' oltre ogni ragionevole dubbio ” , in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 745, 2002.

¹⁵⁵ STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

¹⁵⁶ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 767 e ss., 2002.

Il giudice penale viene invitato da questa pronuncia a divenire un *consumatore* di leggi generali di copertura, siano esse universali o statistiche.

Infatti la Suprema Corte afferma : << *Secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo a patto che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica – la cosiddetta legge generale di copertura – portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto*>>. ¹⁵⁷

E' dunque indispensabile che la legge sia dotata di validità scientifica, e, questo è un preciso limite per il giudice, il quale non ha più alcun alibi per sostituire le leggi di copertura con il proprio personale convincimento.

Le indicazioni della Suprema Corte si spingono sempre più a fondo.

In materia viene messo in discussione il metodo *deduttivo*, in questa pronuncia esso inizia ad essere indebolito, infatti, nella sentenza sul disastro di Stava si legge : << *Il ricorso alle leggi <<statistiche>> da parte del giudice è più che legittimo, perché il modello della sussunzione utilizzabile in campo penale sottintende , il più delle volte, necessariamente, il distacco da una spiegazione causale deduttiva, che implicherebbe una impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti; [...]nella spiegazione causale si dovrà ricorrere ad una serie di assunzioni nomologiche tacite e dare per presenti condizioni iniziali non conosciute o soltanto azzardate [...] >>. ¹⁵⁸*

In questo senso si coglie anche la consapevolezza della Suprema Corte nel riconoscimento delle ‘ assunzioni tacite ’ quali inevitabili elementi delle leggi di copertura di tipo statistico; inoltre emergono fondamentali concetti quali quelli di ‘ probabilità logica ’ e ‘ credibilità razionale ’ che verranno spesso riutilizzati dalla Cassazione.

¹⁵⁷ Cass. Pen. Sez. IV, 06/12/1990, in Cass. Pen., pag. 2726, 1992.

¹⁵⁸ Vedi nota precedente.

4.2. La seconda fase di elaborazione giurisprudenziale.

Come nota D'ALESSANDRO¹⁵⁹, la seconda stagione della giurisprudenza è rappresentata dalle pronunce che vanno dal 1990 - con la sentenza sul disastro di Stava - al 2000. Questa è, senza dubbio, la fase più controversa, dalla quale emergono diversi nodi problematici.

Il passaggio dalla seconda alla terza fase è determinato, poi, da una ulteriore fondamentale pronuncia, quella a Sezioni Unite del 2002.

Le ultime pronunce in materia - registrate, quindi, tra gli anni 1990 e 2002 - hanno fatto emergere profondi contrasti giurisprudenziali, specchio delle elaborazioni della dottrina.

Per un verso si è potuto registrare - in un primo momento - un rafforzamento del paradigma probabilistico, sostenuto ampiamente dalla Suprema Corte, la quale si è recentemente soffermata in varie occasioni a trattare della causalità omissiva in medicina e chirurgia.

Nel 2000, tuttavia, questo orientamento sembra aver subito una battuta di arresto rappresentata da una serie di sentenze che hanno reintrodotta la necessità della certezza nell'accertamento del nesso causale.

Questa situazione ha determinato una spaccatura in seno alla IV sezione della Corte di Cassazione, resa ancora più grave dall'acceso dibattito sulla presunta divergenza strutturale tra causalità attiva e causalità omissiva, dal momento che le due problematiche sono strettamente correlate.

4.2.1. Segue << La certezza della causalità attiva e la probabilità della causalità omissiva >>.

Per quanto riguarda la relazione intercorrente tra causalità attiva e causalità omissiva, la Cassazione ha palesato in alcune pronunce opposte soluzioni ermeneutiche.

¹⁵⁹ D'ALESSANDRO F., "La certezza del nesso causale : la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di Cassazione sull' oltre ogni ragionevole dubbio " , in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 743 e ss., 2002.

Una serie di pronunce conducono ad una netta divergenza tra causalità attiva ed omissiva. Vediamone alcune tra le più recenti.

Intanto nella sentenza n. 6511 della Cassazione del 24 febbraio 2000 si legge : << *Il delitto di lesioni colpose è reato con evento di danno, la cui sanzionabilità non può prescindere dal danno stesso e dall'accertamento del relativo rapporto causale riconoscibile in termini di certezza, ovvero nel caso di condotta omissiva, di serie ed apprezzabili probabilità. Pertanto, qualora un medico ometta di praticare accertamenti diagnostici imposti dai protocolli professionali (esami istologici sui noduli asportati) e successivamente venga riscontrato un carcinoma, non può affermarsi la sua responsabilità sulla base della detta omissione, ove non sia certo, o almeno probabile che, al momento in cui gli esami avrebbero dovuto essere effettuati, la malattia fosse già diagnosticabile*>>¹⁶⁰.

Ancora una volta, dunque, viene richiesta la *certezza* per la causalità attiva, e solo *serie ed apprezzabili probabilità* per l'omissione.

Nello stesso senso si legge : << *In tema di omicidio colposo, quando la colpa consiste nell'omissione di interventi diagnostici o terapeutici, l'esistenza del rapporto di causalità si fonda su un criterio probabilistico, non essendo mai possibile, in questi casi, esprimere un giudizio di certezza sull'esito positivo dei trattamenti terapeutici o diagnostici, che la scienza medica ritiene corretti, ma che, in concreto, non sono stati prestati*>>¹⁶¹

Al contrario, la perfetta identità di struttura sia per la causalità attiva che per quella omissiva viene ribadita in altre pronunce, ricordiamo un inciso per tutti : << *Sotto il profilo dell'accertamento, il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione necessaria non è diverso, ma identico, nella sua struttura , a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione, ossia il giudice, avvalendosi del modello della sussunzione sotto leggi statistiche – ove non disponga di leggi universali – dice che è probabile che la condotta dell'agente costituisca , coeteris*

¹⁶⁰ Cass. Pen. Sez. IV, 24/02/2000, N. 6511, in Cass. Pen., pag. 2696, 2001.

¹⁶¹ Cass. Pen. Sez. IV, 05/10/2000, in Giur. It., pag. 1690, 2001.

paribus, una condizione necessaria dell'evento >>.¹⁶² Questa sentenza verrà ripresa più avanti, dal momento che essa si inserisce nella battuta di arresto inferto al criterio della probabilità, indicato poc'anzi.

Proseguendo prima nel senso opposto, in relazione cioè al rafforzamento del criterio probabilistico in relazione alla causalità omissiva, ci appare interessante una sentenza della Cassazione del 1999¹⁶³ commentata da FINESCHI, nella quale si legge : << *Una volta individuata la colpa per difetto di prudenza, diligenza e perizia (nella specie, omessi accertamenti ed omessa terapia specifica in soggetto coronaropatico), il nesso di causalità tra condotta omissiva e l'evento morte va ricercato secondo criteri probabilistici e non già di certezza degli effetti positivi dell'attività in concreto imponentesi, sulla base cioè di serie ed apprezzabili probabilità che la condotta omessa, se attuata, aveva di salvare il paziente. Lo spostamento, in caso di condotta omissiva, dal piano deterministico a quello probabilistico (statistico) rappresenta indubbiamente una complicanza nella formulazione del giudizio causale ma non esclude la possibilità e meno che meno la necessità di una sua formulazione analitica che pervenga a conclusioni in termini di certezza>>.¹⁶⁴*

In questa sentenza la Cassazione si sofferma su diversi punti fondamentali. Nonostante la terminologia a volte incerta, come nota il FINESCHI, essa “ è perfettamente corrispondente alle precedenti in quanto attraverso passaggi molto articolati e meritevoli di attenta lettura, confida il giudizio sul rapporto di causalità materiale a criteri probabilistici (statistici), scientificamente validati e quindi ricchi di certezza dimostrativa, di quella certezza medico-legale, che come

¹⁶² Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, n. 1688, in Riv. It. Med. Leg., pag. 581, 2002.

¹⁶³ Cass. Pen. Sez. Fer., 20/10/1999, n. 10929, in Riv. It. Med. Leg., XXII, pag. 271, 2000, con nota di FINESCHI.

¹⁶⁴ Vedi nota precedente.

scrivevano gli antichi maestri della Medicina legale italiana, non aspira all'assoluto ma non deve mai abdicare al rigore scientifico.”¹⁶⁵

In questo caso, la Cassazione ha annullato la sentenza impugnata per difetto di motivazione. << *Il punto ove la sentenza di Appello mostra decisive carenze motivazionali è quello che concerne la individuazione del nesso di causalità tra la condotta del medico e la sopravvenuta morte del paziente*>> in quanto – come nota FINESCHI – si dava in essa per << *implicita e quasi scontata la sussistenza del nesso di causalità che, di tal guisa, è rimasto confuso e quasi identificato nella colpa e nella accertata posizione di garanzia dell'imputato mentre avrebbe dovuto formare oggetto di ineludibile specifico accertamento ulteriore e che, al contrario, è nella specie mancato*>>.¹⁶⁶

Questa pronuncia è molto interessante per diversi punti di vista.

La Corte per un verso invita a non *obliterare* la causalità omissiva riconducendola puramente alla colpa o alla posizione di garanzia, per altro ripropone il criterio probabilistico.

“La sentenza afferma in effetti e in sintesi che :

- 1) non è – ovviamente – sufficiente ad esaurire il problema della responsabilità penale la individuazione della colpa (individuazione in quel difetto di prudenza diligenza e perizia, doti che nell' esercente la professione sanitaria devono non solo non difettare ma essere particolarmente accentuate e vigili proprio per la natura dei beni affidati alla cura del medico).
- 2) Il giudizio sulla causalità tra condotta omissiva ed evento va riferito alle probabilità che l'azione doverosa avrebbe avuto di evitare l'evento.
- 3) Il giudizio sulla sussistenza del nesso causale non può essere probabile (meglio è dire probabilistico) ma, nei reati omissivi come in ogni altro reato, deve essere sempre suggerito con il requisito

¹⁶⁵ FINESCHI V., “Responsabilità medica per omissione : malintesi e dubbi in tema di causalità materiale”, in nota a Cass. Pen. Sez Fer.,20/10/1999, n.10929, in Riv. It. Med Leg., XXII, pag. 279, 2000.

¹⁶⁶ Vedi nota 200.

della certezza scientifica, quella che è umanamente, razionalmente attingibile.

- 4) La certezza del nesso si raggiunge se il processo logico perviene alla conclusione che l'azione doverosa (omessa) sarebbe valsa secondo una valutazione probabilistica ad impedire l'evento.
- 5) E' il rigore probabilistico fondato su leggi scientifiche e quindi confrontabile che conferisce dunque carattere di *certezza* (medico-legale processuale) al giudizio sulla sussistenza del nesso causale.”¹⁶⁷

Questi, dunque, i punti salienti della sentenza.

In questo filone di rafforzamento del paradigma prasseologico della probabilità si inseriscono tutta una serie di pronunce che in questa sede non è possibile trattare, ma che, è interessante notarlo, provengono tutte dalla IV sezione della Corte di Cassazione.

4.3. La terza stagione della giurisprudenza.

Dicevamo che la terza stagione della giurisprudenza è quella attuale.

Essa è stata aperta dalle sentenze del 2000¹⁶⁸ che hanno ripristinato il criterio della certezza, quale principale canone cui i giudizi sulla causalità, anche omissiva devono *tendere*.

La tensione verso la certezza, individua un fondamentale correttivo rispetto al paradigma schematizzato da PALIERO: non più solo *leggi universali*, non più solo *metodo deduttivo*.

“Di fronte ad un quadro giurisprudenziale così gravemente frastagliato, la Suprema Corte ha opportunamente deciso di affrontare compiutamente anche il tema della causalità dell'omissione, portando così a compimento la “svolta copernicana” già realizzata sul terreno della causalità attiva.

Con l'emanazione delle citate sentenze pronunciate sul finire del 2000, la Corte regolatrice ha infatti ribaltato il modo stesso di intendere la natura

¹⁶⁷ FINESCHI V., op. cit. in nota 200, pag. 284.

¹⁶⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, N. 1688, est. Battisti, ric. Baltrocchi ; Cass. Pen. Sez. IV, 28/11/2000, N. 2123, est. Battisti, ric. Di Cintio ; Cass. Pen. Sez. IV, 29/11/2000, N. 2139, est. Battisti, ric. Musto. Tutte racchiuse in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2002, con nota di CENTONZE.

dell'omissione, respingendo proprio la ricostruzione della causalità omissiva come “mera” causalità ipotetica.

Richiamandosi, ancora una volta, all'elaborazione sviluppata da STELLA, e dopo aver dato conto dell'impostazione tradizionalmente seguita dalla dottrina, i giudici di legittimità affermano che anche la causalità omissiva, lungi dall'essere causalità ipotetica, è a tutti gli effetti causalità reale, poiché << in una visione moderna della causalità, le entità che entrano in relazione di causa ed effetto non sono forze o energie materiali, ma processi o eventi, sicché, se ciò è vero, bisogna includere tra quelle entità anche i processi statici [...] con la conseguenza che, nella relazione di causa ed effetto, entra anche l'omissione, il non fare, ché una condizione statica è pur sempre una condizione>>¹⁶⁹.¹⁷⁰

Vediamo rapidamente cosa dispongono le tre sentenze.

Nella prima sentenza la IV sezione afferma che : << Sotto il profilo dell'accertamento, il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione necessaria non è diverso, ma identico, nella sua struttura, a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione, ossia il giudice, avvalendosi del modello della sussunzione sotto leggi statistiche – ove non disponga di leggi universali – dice che è probabile che la condotta dell'agente costituisca, coeteris paribus, una condizione necessaria dell'evento>>.¹⁷¹

Questo primo inciso era già stato precedentemente in considerazione, ma vediamo come prosegue la pronuncia : << Una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone 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

¹⁶⁹ Cass. Pen. 28/11/2000, N. 1688, ric. Baltrocchi, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., con nota di CENTONZE, pag. 277 e ss., 2002.

¹⁷⁰ D'ALESSANDRO F., “ La certezza del nesso causale : la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di Cassazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 749, 2002.

¹⁷¹ Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, N. 1688.

elevata credibilità razionale, dove alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo, alla certezza>>¹⁷².

Nella seconda pronuncia viene così disposto : <<Il giudice, anche nella causalità omissiva, deve accertare il rapporto causale avvalendosi di una legge di copertura che gli consenta di ritenere, grazie al giudizio controfattuale, che una certa condotta-omissione è causa di un determinato evento con una probabilità vicina alla certezza, vicino a cento>>¹⁷³.

La terza, e non meno importante, si pone sullo stesso piano delle precedenti, addirittura riportando le medesime indicazioni della sentenza n. 1688 affermando 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 [...] >>¹⁷⁴.

Da queste pronunce si evince non solo in linea di principio la perfetta corrispondenza tra causalità attiva e causalità omissiva, ma anche la necessità di una solida ricostruzione probatoria , rappresentato da un indice percentuale vicino a cento - tendente cioè alla certezza - con una notevole inversione di tendenza rispetto ad alcune pronunce in materia che sembravano essere stabilmente approdate a criteri probabilistici incerti, addirittura al paradigma dell'aumento del rischio.

“ La Suprema Corte raggiunge, allora, “in un solo colpo” tre fondamentali risultati tra loro strettamente connessi : innanzitutto, ridimensionare la dottrina prevalente, legata alla visione della causalità omissiva come causalità “non vera” , ipotetica o in senso normativo ; in secondo luogo, chiarire a quali condizioni il giudice può considerare adeguata una spiegazione statistica e quale deve essere il contenuto della legge statistica su cui si basa la spiegazione; infine, superare il contrasto giurisprudenziale il quale soprattutto in tema di responsabilità medica, ha portato a quattro diversi orientamenti che spaziano, nelle ipotesi della

¹⁷² Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, N. 1688.

¹⁷³ Cass. Pen. Sez. IV, 28/11/2000, N. 2123.

¹⁷⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 29/11/2000, N. 2139.

causalità omissiva, dalla concreta elusione dell'accertamento causale surrogato dal riscontro della sola posizione di garanzia, al superamento della teoria condizionalistica in nome di un criterio di puro aumento del rischio; dalla pretesa di esigere un'inarrivabile certezza, all'accettazione anche della mera possibilità o probabilità che il compimento dell'azione doverosa avrebbe impedito l'evento.

Nel raggiungere questi tre risultati la Corte non fa mistero di aderire integralmente all'impostazione data al problema causale da STELLA, le cui parole sono costantemente riportate nelle tre sentenze. Il segnale, dunque, di voler rinnovare quel dialogo tra la prassi giudiziaria e l'elaborazione teorica che sembrava ormai compromesso: *<<il giudice - scrive, infatti, la Corte - non può non tener conto, nell'esaminare le fattispecie concrete, dei migliori esiti della ricerca scientifico-giuridica, di quegli esiti la cui applicazione alla fattispecie in esame assicuri, al maggior livello possibile, il rispetto dei principi di tassatività e stretta legalità>>*¹⁷⁵.¹⁷⁶

E' importante soffermarsi su uno degli aspetti che queste sentenze hanno messo in luce, ed al quale hanno dato una risposta che neppure la sentenza sul disastro di Stava aveva fornito.

In modo particolare ci si chiede quale sia la esatta quantificazione del coefficiente percentualistico che rende utilizzabile la legge statistica nel processo penale.

“La Corte del 1990 si limita, infatti, a scrivere che queste leggi statistiche *<< sono tanto più dotate di validità scientifica quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi >>*, incorrendo, però, in tal modo, in un fraintendimento: la Corte, infatti, aveva confuso il concetto di validità scientifica con il potere esplicativo della legge, con il *<< numero sufficientemente alto di casi >>*, cioè, in cui trova applicazione la legge statistica¹⁷⁷.”

¹⁷⁵ Vedi nota 206

¹⁷⁶ CENTONZE F., “Causalità attiva e causalità omissiva : tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 277 e ss., 2002.

¹⁷⁷ Per queste osservazioni si veda STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., pag. 188.

Ai giudici di Stava era, in ogni modo chiaro che la spiegazione causale fornita dal giudice non può essere sempre deduttiva << *che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti* >>, ma implica, viceversa, la necessità di ricorrere << *ad una serie di assunzioni nomologiche tacite e dare per presenti condizioni iniziali non conosciute o soltanto azzardate*>>.”¹⁷⁸

“ I giudici della cassazione oggi rispondono, invece, senza esitazioni, utilizzando il frutto del pensiero epistemologico contemporaneo sulla spiegazione statistica degli eventi : << *in tanto il giudice può affermare che un'azione o un'omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o di una proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento*>>.”¹⁷⁹

Ed in effetti, la Corte ripercorre un sentiero già tracciato con sicurezza dai filosofi della scienza. Se, infatti, può parlarsi di causalità solo in presenza di un nesso *necessario* e se solo una legge universale può esprimere una *necessità*, è evidente, scrive anche di recente AGAZZI, che “ una legge statistica, proprio perché ammette eccezioni, già indica di per sé l'assenza di necessità ed il minimo che si possa esigere – per poter stabilire l'imputazione causale dell'evento – è che essa sia vicinissima all'universalità, ossia che *la frequenza relativa che essa esprime sia vicinissima ad 1*”¹⁸⁰ [...]

E si badi: questa conclusione diventa oggi l'unica accettabile non solo alla luce dei principi di tassatività e di stretta legalità già evidenziati dalla Corte, ma soprattutto, del criterio di giudizio che deve immancabilmente essere proprio del giudice penale : la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Tale regola, “barriera del libero convincimento del giudice” e “ protezione dei valori di immensa portata posti in gioco nel processo

¹⁷⁸ CENTONZE F., op. cit., pag. 291.

¹⁷⁹ Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, N. 1688. Cass. Pen. Sez. IV, 29/10/2000, N. 2139.

¹⁸⁰ AGAZZI, “La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)”, in Riv. It. Dir. E Proc. Pen., pag. 401 e ss., 1999.

penale” , è stata di recente posta in luce proprio da STELLA, il quale ha evidenziato come essa, dimenticata dal legislatore e dalla giurisprudenza italiana, abbia, in realtà, profonde radici nella coscienza dell’uomo occidentale [...].

In conclusione : solo l’impiego di leggi statistiche ‘quasi universali ’ in un giudizio sul nesso di condizionamento che dovrà risultare conclusivamente vicino al massimo alla certezza, permette, allora di verificare se davvero l’imputato ha posto in essere, oltre ogni ragionevole dubbio, la *conditio sine qua non* dell’evento ¹⁸¹ : l’impiego di una legge statistica con minori coefficienti percentualistico lascerebbe, per definizione, dei dubbi più che ragionevoli, come d’altronde tali dubbi residuerebbero anche se, adottata una legge statistica ‘quasi universale ’, comunque la spiegazione complessiva dell’evento fosse priva di alta (= che si avvicina al massimo alla certezza) probabilità logica o credibilità razionale.”¹⁸²

4.3.1. Segue << Verso le sezioni unite>>.

Abbiamo visto come la terza fase della giurisprudenza sia stata caratterizzata in un primo momento dalle tre sentenze del 2000 appena illustrate. Successivamente è intervenuta la sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite del 2002 che analizzeremo con attenzione immediatamente. In seguito cercheremo di comprendere quanti e quali cambiamenti essa abbia portato nell’elaborazione della causalità omissiva in medicina legale, con uno sguardo rivolto al futuro.

Tuttavia, prima di passare all’esame della sentenza a Sezioni Unite, diamo un rapido sguardo a due pronunce della Suprema Corte del 2002, immediatamente precedenti alla sentenza *Franzese*.

Facciamo in particolare riferimento alla n. 1585 del 16 gennaio 2002 ed alla n.1652 del 13 febbraio 2002.

Ancora due sentenze della IV sezione, ancora Battisti l’estensore.

¹⁸¹ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit..

¹⁸² CENTONZE F., op. cit., pag. 296.

Nella prima leggiamo : << Il giudice penale deve accertare il fatto, contestato come reato, in termini di assoluta certezza, il che significa che il giudice deve poter pervenire ad una ricostruzione logica in termini di certezza anche se a quella ricostruzione ne sia opponibile un'altra, altrettanto logica, con diverso approdo.

Poiché neppure la scienza conosce certezze, ma soltanto probabilità confinanti con la certezza, può parlarsi di elevata credibilità soltanto se la si intende come probabilità confinante con la certezza. Se elevata credibilità significa, invece, probabilità al 70 %, all'80 % o anche al 90 %, il fatto non può ritenersi accertato, sicché la sentenza che lo non potrebbe non essere annullata perché darebbe per accertato ciò che, alle condizioni date, non può dirsi logicamente che lo sia >>.¹⁸³

Nella seconda la Corte tra l'altro afferma : << Può dirsi che la probabilità sia quasi certezza se la non conoscenza delle ulteriori condizioni che determinano un evento e, soprattutto, la legge di copertura, siano tali da consentire di non allontanarsi dall'unum oltre una certa percentuale.

Neanche una probabilità del 90 % può bastare per affermare la sussistenza del rapporto di causalità : trasferito nei grandi numeri, infatti, il restante 10 % fa constatare grandezze tali da far legittimamente dubitare dell'esistenza del rapporto di causalità fondato sul corrispondente 90 %.

Solo dimostrando che la legge di copertura assicura un coefficiente percentualistico vicino alla certezza, il giudice può dire di aver accertato il rapporto di causalità con alto grado di probabilità o elevato grado di credibilità razionale o, se si vuole, oltre ogni ragionevole dubbio>>.¹⁸⁴

Se possibile queste due sentenze risultano ancora più rigorose delle precedenti.

“Le pronunce in esame , costituiscono l'espressione più avanzata di un orientamento che può dirsi ormai consolidato, considerando la frequenza

¹⁸³ Cass. Pen. Sez. IV, 16/01/2002, N. 1585, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 737, 2002.

¹⁸⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 13/02/2002, N. 1652, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 737, 2002.

e la linearità con cui, negli ultimi due anni, il Supremo organo giurisdizionale ha ribadito la propria opinione.¹⁸⁵ [...]

La Corte, come si vede, non cade nella pretesa utopistica di richiedere una certezza sperimentale, ma si dimostra consapevole, richiamandosi ancora alle conclusioni di STELLA , del fatto che <<neppure la scienza conosce certezze, ma soltanto probabilità confinanti con la certezza, sicché di elevata probabilità può parlarsi soltanto se la si intende come probabilità confinante con la certezza.>>¹⁸⁶

Con questa precisazione, può allora comprendersi fino in fondo il monito con cui la Suprema Corte, per evitare fraintendimenti sul concetto di probabilità, richiama i giudici alla necessità di << pervenire ad una ricostruzione logica in termini di certezza >>.[...]

Anche per la causalità omissiva, dunque, resta confermato il principio secondo cui la nozione penalmente rilevante di causa è quella della condizione *contingentemente* necessaria: << i giudizi del giudice – scrive la Corte nella seconda sentenza – sono, per loro natura induttivi e non deduttivi, e ciò proprio perché, per un verso, il giudice non è in grado di conoscere la totalità delle condizioni di un evento e, per altro verso, le leggi di cui si avvale, specialmente le leggi statistiche, sono ontologicamente *probabilistiche*>>. Il ricorso ai giudizi induttivi, peraltro, non inficia in alcun modo la bontà della spiegazione causale: il giudice può avvalersene, << per concludere per l'esistenza del nesso causale – e in termini non meno logicamente corretti che se potesse avvalersi di giudizi deduttivi – alla condizione, però, che conducano all'alto grado di credibilità razionale, cioè alla quasi certezza >>¹⁸⁷.¹⁸⁸

¹⁸⁵ In aggiunta alle già citate Cass. Pen. Sez. IV, 28/09/2000, N. 1688; Cass. Pen. Sez. IV , 29/11/2000, N. 2139; Cass. Pen. Sez. IV, 28/11/2000, N. 2123; si vedano anche Cass. Pen. , 06/02/2001, N. 683; Cass. Pen. , 18/10/2001, N. 37629; Cass. Pen. , 27/11/2001, N. 1957.

¹⁸⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 16/01/2002, N. 1585; STELLA , Giustizia e modernità, cit.; CRESPI STELLA ZUCCALA ' , Commentario breve al codice penale, cit..

¹⁸⁷ Cass. Pen., 16/02/2002, N. 1652; STELLA, Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, cit..

¹⁸⁸ D'ALESSANDRO F., “La certezza del nesso causale: la lezione ‘antica’ di Carrara e la lezione ‘moderna’ della Corte di Cassazione sull’oltre ogni ragionevole dubbio”, op. cit., pag 752-753.

5. La sentenza a sezioni unite : il quesito centrale.

Il tema della causalità omissiva con riguardo alla responsabilità professionale del medico-chirurgo, da tempo, ha creato una situazione di spaccatura nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La mancanza di un indirizzo univoco, ha contribuito ad appesantire la posizione della giurisprudenza di merito, la quale auspica una soluzione, rivolgendo attentamente lo sguardo verso la Suprema Corte.

Solo l'intervento di questo organo, infatti, nell'attuazione della sua funzione nomofilattica, può porre fine al contrasto, attraverso una puntuale enunciazione di uno o più principi che possano essere recepiti definitivamente dalla giurisprudenza di merito.

Il clima di attesa nei confronti di una pronuncia decisiva della Corte di Cassazione è stato, in parte, risolto dalla recente sentenza n. 30328 emessa a Sezioni Unite dal supremo organo giudicante in data 11 settembre 2002. Essa rappresenta, senza dubbio, una svolta epocale nel nostro sistema, soprattutto se si volge lo sguardo indietro alla tormentata vicenda giurisprudenziale che la causalità ha dovuto affrontare sin dalla sua introduzione nel nostro codice penale.

Preoccupiamoci, ora, di quello che ad una prima lettura appare il quesito centrale della sentenza appena citata, precisando sin d'ora che esso in realtà trova spazio a trecentosessanta gradi nella tematica della causalità, abbracciandone ogni aspetto giuridicamente rilevante.

Il contrasto, nato in seno alla Corte, riguarda in particolare la scelta tra il criterio di mera probabilità di evitare l'evento e quello di probabilità vicina alla certezza. Un contrasto che divide non solo le varie sezioni dell'organo, ma addirittura crea spaccature all'interno della IV sezione, ora orientata in un senso, ora nell'altro.

Le alternative di cui dispone la Corte di Cassazione, pertanto, in tema di reati omissivi impropri legati all'attività medico-chirurgica, sono le seguenti : seguire l'orientamento tradizionale e maggioritario, consolidato da circa venti anni, il quale utilizza il criterio delle *serie ed apprezzabili probabilità di successo*; oppure seguire, consolidandone

così il mutamento di indirizzo, il più recente vale a dire la *probabilità vicina alla certezza*, da intendersi come *percentuale quasi prossima a cento*.

Ad un primo esame della sentenza non pare che questa abbia completamente posto fine al contrasto interpretativo che agita la giurisprudenza.

Il provvedimento – indicato dalla DI GIOVINE alla stregua di una apparente soluzione compromissoria¹⁸⁹- sembra più vicino ad una esigenza di concretezza processuale, riferendosi esplicitamente all'apparato probatorio, che ad una enunciazione di un principio di diritto che univocamente preferisca un orientamento escludendo l'altro.

Evidentemente questa è risultata, per la Corte, la soluzione più opportuna allo stato attuale, considerata la complessa struttura della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica.

Nonostante l'apparente semplicità del quesito cui la Cassazione è stata chiamata a rispondere, vedremo quanti aspetti rilevanti la questione celi. Infatti, da un punto di vista sistematico, suggeremo, grazie al prezioso apporto di Federico STELLA, quanto importante e decisiva risulti questa pronuncia.

Prima di esaminare la soluzione fornita nella sentenza, occorre inquadrare la vicenda sulla quale i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi.

5.1. Segue << La vicenda processuale >>.

Ripercorriamo brevemente l'iter processuale che ha condotto il caso fino alla Suprema Corte.

Il dott. S. F. veniva condannato dal Pretore di Napoli per l'omicidio colposo di P. C., ricoverato per un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale e deceduto in seguito all'insorgere di una sepsi addominale da *clostridium septicum*.

¹⁸⁹ DI GIOVINE O., “ La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite.”, in nota alla sentenza citata, ne Il Foro It., pag. 608 e ss., 2002.

Le omissioni che avevano, secondo il giudice di primo grado, causato la morte del paziente consistevano nel non aver “ compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici, che avevano evidenziato una marcata neutropenia ed un grave stato di immunodeficienza, e di curare l’allarmante granulocitopenia con terapie mirate alla copertura di anaerobi a livello intestinale, autorizzando anzi l’ingiustificata dimissione del paziente giudicato << in via di guarigione chirurgica >>. Diagnosi e cura che, se doverosamente realizzate, sarebbero invece state, secondo i consulenti medico-legali e gli autorevoli pareri della letteratura scientifica in materia, idonee ad evitare la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale << **con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale** >>.”¹⁹⁰

La stessa ipotesi accusatoria era poi avallata dalla Corte di Appello di Napoli che confermava la sentenza di primo grado, sebbene con una motivazione molto discussa, perché, come vedremo in seguito, da un punto di vista formale, sembrerebbe utilizzare il tanto discusso criterio dell’aumento del rischio.

Comunque, in secondo grado viene ribadita la responsabilità per omissioni dell’imputato che “ << sicuramente contribuirono a portare a morte il C. ... >>, sottolineando che << ... se si fosse indagato sulle cause della neutropenia e provveduto a prescrivere adeguata terapia per far risalire i valori dei neutrofili, le probabilità di sopravvivenza del C. sarebbero certamente aumentate ... >> ed aggiungendo che era comunque addebitabile allo stesso la decisione di dimettere il paziente che << ... per le sue condizioni versava invece in quel momento in una situazione di notevole pericolo...>>.”¹⁹¹

Tra i motivi del successivo ricorso in Cassazione presentato dai difensori dell’imputato si ha : “ la violazione di legge in relazione agli artt. 192, 546, 530 c.p.p. e 40, 41, 589 c.p., e manifesta illogicità della motivazione

¹⁹⁰ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, in Foro It., II, pag. 601, 2002.

¹⁹¹ Cass. Pen., vedi nota precedente.

quanto all'affermazione di una responsabilità, poiché non erano state dimostrate la direzione del reparto ospedaliero e la posizione di garante in capo all'imputato, né, in particolare, l'effettiva causalità delle addebitate omissioni di diagnosi e cura e della disposta dimissione del paziente rispetto alla morte di quest'ultimo, in difetto di reali complicanze del decorso post-operatorio e in assenza di dati precisi sulla patologia di base della perforazione dell'ileo e dell'insorgere della sindrome infettiva da *clostridium septicum*, rivelandosi altresì che, per il mancato esperimento dell'esame autoptico, non era certo né altamente probabile, alla stregua di criteri scientifici o statistici, che gli ipotetici interventi medici, asseritamente omessi, sarebbero stati idonei ad impedire lo sviluppo dell'infezione letale ed assicurare la sopravvivenza del C."¹⁹².

È a questo punto, che la vicenda processuale assume connotati particolari. Infatti è la IV sezione della Corte, investita del ricorso, a rimmetterlo con ordinanza alle sezioni unite, anziché pronunciarsi direttamente.

In seguito a questi fatti : << La Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, annulla senza rinvio la sentenza impugnata per essere il reato estinto per prescrizione; conferma le statuizioni concernenti gli interessi civili>>.¹⁹³

E' interessante notare come, nonostante questo epilogo processuale, la Suprema Corte si sia egualmente impegnata a dare finalmente una risposta esaustiva a quanti attendevano una sua decisiva presa di posizione in materia.

5.2. Segue << Lo statuto della causalità omissiva >>.

Nella parte iniziale della pronuncia in commento, la Suprema Corte si dedica alla ricostruzione del c.d. statuto della causalità penalmente rilevante con riferimento alla particolare categoria dei reati omissivi impropri nell'attività medico-chirurgica.

¹⁹² Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

¹⁹³ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

In prima battuta conferma la validità della formula della condicio sine qua non¹⁹⁴, la quale, nonostante i limiti epistemologici, “ 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.”¹⁹⁵

In quest’ottica, la formula della *condicio sine qua non* viene attualizzata, non considerata una formula vuota, bensì il legittimo strumento per la ricostruzione della causalità.

Ovviamente la Cassazione si sofferma sulle particolari difficoltà di ricostruzione del nesso omissivo in relazione all’attività medico-chirurgica. Infatti esso risulta per un verso appesantito dall’essenza normativa del concetto di omissione, e per altro verso reso più complesso dalla presenza del concetto di posizione di garanzia, dal quale discende una spiccata autonomia dogmatica della causalità omissiva.

Dopo queste premesse di difficoltà di ricostruzione del nesso causale, tuttavia, la Corte ribadisce come continui a restare valido il paradigma unitario di imputazione dell’evento. “Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell’omissione (è tuttora controversa la natura reale o meramente normativa dell’efficienza condizionante di un fatture statico negli sviluppi della catena causale), si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del ‘condizionale controfattuale’, la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell’azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento lesivo, *hic et nunc* verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo ‘coperto’ dal sapere scientifico del tempo.”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Peraltro avvalorata dall’esperienza quasi generale dei sistemi giuridici penali europei.

¹⁹⁵ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

¹⁹⁶ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

Inoltre, quando si parla di unitarietà della teoria condizionalistica della causalità, la si intende tale tanto per il medico quanto per il giurista, ancora di più in questo particolare momento storico, in cui i maggiori cultori della medicina legale hanno, finalmente, riconosciuto il primato dei criteri legali, abbandonando la prospettiva di utilizzare criteri autonomi.¹⁹⁷

5.3. La risposta delle Sezioni Unite.

Dicevamo inizialmente che il quesito posto alle Sezioni Unite, si situa a livello prettamente probatorio.

Infatti, secondo quanto affermato dalla stessa Corte : “ Non è messo in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verificabilità processuale : ciò in quanto i confini della ‘elevata o alta credibilità razionale ’ del condizionamento necessario, postulata dal modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, non sono affatto definiti dalla medesima legge di copertura.”¹⁹⁸

Questo rappresenta di per sé già un pregio in termini di novità e di equilibrio, dal momento che, come sottolinea la DI GIOVINE : “ Quando si parla di probabilità o di certezza, non è chiaro se ci si riferisca al nucleo concettuale della causalità [...] ovvero si alluda ai profili dell’accertamento processuale.”¹⁹⁹ Ma non soffermiamoci su questo che rappresenta solo il punto di partenza delle precisazioni della Cassazione.

A fronte dei due indirizzi formati all’interno delle sue stesse sezioni, la Corte di Cassazione dichiara, ora, di non condividere la soluzione tradizionale “ poiché [...] con la tralaticia formula delle ‘ serie ed apprezzabili probabilità di successo ’ dell’ipotetico intervento salvifico del medico si finisce per esprimere coefficienti di ‘probabilità’ indeterminati, mutevoli, manipolabili dall’interprete, talora attestati su

¹⁹⁷ Si fa riferimento alle recenti posizioni di BARNI nella sua ultima pubblicazione “Consulenza medico legale e responsabilità medica”. Milano, 2002; e di FIORI ne “Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indefettibile”, in Riv. It. Med. Leg., pag. 247 e ss., 2002.

¹⁹⁸ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

¹⁹⁹ DI GIOVINE O., “La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite”, op. cit., pag. 612.

standard davvero esigui : così sovrapponendosi aspetti deontologici e di colpa professionale per violazione del principio di precauzione e scelte politico-legislative dettate in funzione degli scopi della repressione penale ed al problema, strutturalmente distinto, dell'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa tipica.”²⁰⁰

Come si può subito notare in queste prime righe c'è qualcosa di diverso rispetto al semplice schierarsi con un orientamento giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione esprime una valutazione più profonda, che si pone a livello di un solenne monito, di principio generale, richiamando una esigenza ben precisa : evitare che criteri effimeri possano essere utilizzati e strumentalizzati per la soluzione delle controversie. Vengono ripudiati, pertanto, in prima battuta, coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli e manipolabili dall'interprete, in buona sostanza viene ripudiata , come sottolinea STELLA, “ l'idea della condizione necessaria dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio”.²⁰¹

“ Le osservazioni delle Sezioni Unite si impongono non tanto per la loro valenza tecnica [...] quanto per il messaggio di valore che esprimono, teso al recupero della tassatività perduta;” o , ci sentiamo di precisare, mai pienamente realizzata “e come tali condivisibili senza necessità di spendere ulteriori parole. D'altro canto, già da tempo la dottrina è compatta nel denunciare, in materia omissiva, un affievolimento delle garanzie e come, attraverso il richiamo a probabilità basse, il modello nomologico, pur evocato a livello nominale, risulti completamente svuotato nella sostanza, essendo la causalità di fatto soppiantata dal criterio – anche strutturalmente diverso – dell'imputazione oggettiva *sub specie* di << aumento del rischio >> : con la conseguenza, per tale via, di far regredire l'evento << morte >> a mera condizione obiettiva di

²⁰⁰ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

²⁰¹ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità della Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. , pag. 768, 2002.

punibilità ed il reato di danno (si pensi ad un omicidio) a reato di pericolo [...].”²⁰²

Questo primo aspetto messo in luce dalla Cassazione non può che essere condiviso.

La posizione di un principio generale di questa portata, coerente con il dettato costituzionale, è inevitabile da parte del Supremo Organo di legittimità. E’ la stessa Corte a sottolinearlo quando precisa che “ pretese difficoltà di prove [...] non possono mai legittimare un’attenuazione del rigore nell’accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione ‘debole’ di causalità che [...] finirebbe per comportare un’abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell’evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.”²⁰³

Certo queste precisazioni della Cassazione giungono finalmente a spezzare la spirale delle condanne emanate in violazione dei basilari principi democratici, che, lungi dal tutelare la fragile posizione dell’innocente, affermano il potere dell’apparato giudicante.

E’ in quest’ottica, cioè nell’affermazione dei principi democratici a tutela dell’innocente, che si coglie la vera svolta; una svolta richiesta e sottolineata da STELLA nelle sue ultime opere²⁰⁴, il quale da ultimo scrive:

“E’ su questi frutti perversi e tardivi di una visione autoritaria dello Stato, sprezzante nella sostanza della cultura democratica legata alla protezione dell’innocente, fatta propria dalla nostra Costituzione, che interviene la Suprema Corte con la basilare sentenza sul disastro di Stava del 1990, e con un profluvio di sentenze emanate nell’ultimo decennio del secolo scorso e in questi primi anni del 2000; ed è per recidere quei frutti che intervengono oggi le Sezioni Unite : sono gli anticorpi della democrazia che entrano in funzione, per troncane alle radici i residui vischiosi delle

²⁰² DI GIOVINE O., “La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite”, op. cit., pag. 610.

²⁰³ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

²⁰⁴ Ricordiamo STELLA F. “Giustizia e modernità”, seconda ed., Milano,2002.

idee incarnate dalla dottrine di KRYLENKO e VYSINSKIJ, nonché della idee dei giuristi asserviti all'ideologia dello Stato fascista e nazionalsocialista.

In ciò sta il grande pregio della pronuncia delle Sezioni Unite. Il rischio di profonde involuzioni è il grande pericolo, sempre incombente anche sulle democrazie. Come osserva HANNAH ARENDT, il totalitarismo non è un'anomalia, un accidente storico, ma è intrinsecamente connaturato allo sviluppo della società moderna; nessun regime politico contemporaneo è immune da questo rischio degenerativo e la vigilanza in difesa della democrazia e della libertà deve essere costante.^{205,, 206}

5.4. Il tentativo di conciliazione tra luci e ombre.

Abbiamo visto come il ruolo decisivo rivestito dalla Suprema Corte non può che condurre la stessa alla soluzione, appena prospettata, di coerenza con il dettato costituzionale.

Eppure la Cassazione non rinuncia ad una sorta di conciliazione tra i due diversi orientamenti portati avanti dalle sue sezioni.

E' vero che essa si schiera 'formalmente' verso la 'certezza', tuttavia volge sempre lo sguardo indietro, attenuando così con diverse precisazioni, quelli che in principio appaiono imperativi categorici.

In particolare il Collegio dopo aver affermato che : << *il modello nomologico può assolvere al processo penale allo scopo esplicativo della causalità omissiva tanto meglio quanto più è alto il grado di probabilità di cui l'explanans è portatore* >>²⁰⁷ , rifiuta l'idea << *che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico ' prossimo ad 1' cioè alla 'certezza' quanto all'efficacia*

²⁰⁵ HANNAH ARENDT, "The Origin of Totalitarianism", in New York, 1966, trad. It. "Le origini del totalitarismo", Milano, 1996.

²⁰⁶ STELLA F., "Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione", op. cit., pag. 771.

²⁰⁷ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, cit..

impeditiva della prestazione doverosa e omessa, rispetto al singolo evento>>²⁰⁸.

Inoltre, con particolare riferimento all'attività medico-chirurgica, afferma che la difficoltà di ricostruzione di tutti gli anelli della catena eziopatogenetica dei fenomeni morbosi giustifichi la rilevanza di coefficienti medio-bassi di probabilità. Secondo la Corte infatti << *nulla esclude che anche essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento*>>²⁰⁹.

Appare chiaro, a questo punto, il perché la posizione della Cassazione sia stata definita conciliatrice, compromissoria rispetto alla prospettiva giurisprudenziale presente.

Prima di esaminare meglio questi aspetti, completiamo il quadro offerto dalla sentenza con l'indicazione dei principi di diritto che vengono enunciati dalle Sezioni Unite : “

- a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica - , si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc* , questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.
- b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento che abbia altresì escluso l'interferenza di

²⁰⁸ Vedi nota precedente.

²⁰⁹ Vedi nota precedente.

fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con << alto o elevato grado di credibilità razionale >> o << probabilità logica >>.

- c) 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 dell'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.”²¹⁰

In questa visione della Corte di Cassazione emergono diversi aspetti che ora esamineremo.

6. I capisaldi della sentenza. La condizione necessaria come – *minimum* - assoluto per l'imputazione.

Procediamo, a questo punto, ad un riordino dei punti salienti della pronuncia appena richiamata.

Accostando la nostra indagine a quella di STELLA²¹¹, schematizziamo i quattro capisaldi che possono così essere enunciati:

- 1) Riconoscimento del ruolo svolto dalla condizione necessaria come *minimum* assoluto per l'attribuzione individualizzante dell'evento lesivo.
- 2) Integrazione dello schema condizionalistico dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche.
- 3) Rifiuto dell'aumento o mancata diminuzione del rischio.
- 4) Enunciazione della regola probatoria e di giudizio dell'oltre il ragionevole dubbio.

Per quanto riguarda il primo punto, appare ormai consolidata la posizione che la condizione necessaria assume, non solo nel nostro ordinamento ma ormai nella quasi totalità dei sistemi giuridici europei, sia che la si voglia chiamare '*conditio sine qua non*' piuttosto che '*causa but for*'.

²¹⁰ Vedi nota precedente.

²¹¹ Vedi nota 243.

“Hanno fatto bene dunque le Sezioni Unite – in coerenza con l’insegnamento da sempre seguito dalla Corte Suprema - a ribadire che la condizione necessaria costituisce un *minimum* assoluto per l’imputazione causale degli eventi lesivi in quasi tutti i Paesi del mondo. Essa rappresenta l’espressione del valore altissimo che noi tutti attribuiamo alla libertà , al buon nome, alla reputazione di ciascun individuo : non è pensabile che qualcuno venga dichiarato, di fronte alla collettività, responsabile di eventi drammatici, dolorosi, di eventi che creano sofferenza se non si prova che ‘è stato proprio lui ’ a cagionarli, e la prova che è stato proprio lui si raggiunge solo dimostrando che il suo comportamento è stato condizione *sine qua non* dell’evento lesivo.”²¹²

Vengono definitivamente messe da parte tutte le pretese di autonomia della medicina-legale, che da sempre ha cercato di utilizzare criteri propri ed estranei rispetto alla *condicio sine qua non*. Riducendo il campo di indagine è senza dubbio più semplice giungere ad uno strumento adeguato per la ricostruzione causale.

Questa impostazione, che appare interessante anche per comprendere la reale diffusione della formula di imputazione, non è che il punto di partenza della Corte di Cassazione. Infatti i punti sui quali dobbiamo soffermarci più diffusamente sono i successivi.

6.1. Segue <<L’integrazione del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche>>.

La successiva conclusione della Suprema Corte riguarda la necessità di integrare la formula della *condicio sine qua non* con l’utilizzo del modello di sussunzione sotto leggi.

La precisazione della Suprema Corte appare opportuna e per nulla scontata, anche perché, non dobbiamo dimenticare che è da relativamente poco tempo che la teoria condizionalistica secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche comincia, anche in Italia, ad uscire

²¹² STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 772.

dalle elaborazioni dottrinali per trovare spazio a livello prasseologico. Ricordiamo, infatti, che è solo a partire dalla sentenza della Cassazione del 6 dicembre 1990, relativa al <<disastro di Stava>>²¹³, che la Corte accoglie con particolare consapevolezza il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, articolate a loro volta in leggi universali e statistiche.

La novità affermata dalla pronuncia risiede nella possibilità di utilizzo, accanto a leggi scientifiche universali e leggi statistiche che esprimano un coefficiente prossimo ad 1, anche di leggi statistiche con coefficienti più bassi.

Per la Cassazione, quindi, in riferimento all'attività medico-chirurgica, possono essere utilizzate leggi statistiche con coefficienti medio-bassi, purché corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto sulla base della più aggiornata criteriologia medico-legale e con l'esclusione della presenza di ulteriori fattori interagenti in via alternativa.

Quindi l'indagine sulla causalità omissiva in ambito medico legale dovrà, secondo questo orientamento della Suprema Corte, percorrere il seguente iter: verificatosi un particolare evento lesivo occorrerà isolare una data omissione che, in base ai giudizi controfattuali, si atteggi a condizione necessaria, contestualmente occorrerà individuare la legge scientifica universale o statistica da utilizzare per il necessario riscontro probatorio. Nell'ipotesi in cui si dovesse utilizzare una legge statistica in assenza di un legge universale, tale legge statistica potrebbe – potenzialmente – essere basata su un grado di probabilità individuata in coefficienti medio bassi, secondo quanto si evince dalla impostazione della Cassazione. Potenzialmente perché la legge da sola non basta, essa deve essere corroborata dal positivo riscontro probatorio, il quale per un verso deve dimostrare inequivocabilmente il nesso di condizionamento e per altro verso la sicura non incidenza di altri fattori interagenti in via alternativa. L'insieme di tali fattori – positivi e negativi – determina, pertanto, la sussistenza *altamente credibile* del rapporto di causalità.

²¹³ Cassazione 6 dicembre 1990, in Foro It., II, pag. 36, 1992.

“Schematizzando, occorre – secondo le Sezioni Unite – la compresenza di due condizioni :

1. che condotta (azione od omissione) ed evento siano sussumibili in una “generalizzata regola di esperienza” o in una “**legge scientifica**”, universale o statistica, sulla base della quale “si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell’evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva;

2. che sussista, a conferma dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, un positivo riscontro probatorio circa la **sicura non incidenza** , nel caso di specie di fattori interagenti diversi dagli antecedenti assunto come rilevanti; cioè, a procurare l’evento non siano intervenuti processi causali diversi da quelli ipotizzati come attivi nel caso concreto.”²¹⁴

6.2. Segue << Il ripudio dell’aumento del rischio>>.

Al di là di tutte le considerazioni che si possono esprimere in merito alla suddetta sentenza, appare innegabile che il risultato sicuramente più apprezzabile sia il netto ripudio delle teorie sull’aumento del rischio che avevano ormai preso il largo nel nostro ordinamento.

Per utilizzare le parole di STELLA : “ le Sezioni Unite hanno potuto far scendere una scure demolitrice sulle tendenze presenti in un’area giurisprudenziale e dottrinale sempre più vasta che, di fronte ai più importanti temi della modernità, quali le malattie professionali, gli infortuni sul lavoro, i danni da prodotto, l’attività medico-chirurgica, i disastri ambientali, rivendicavano per il giudice i compiti del **legislatore**, attribuendogli il potere di assegnare il ruolo di causa penalmente rilevante alla **condizione idonea** ²¹⁵ oppure alla condizione necessaria dell’**aumento** (o **mancata diminuzione**) del rischio.”^{216, 217}

²¹⁴ FORNARI L., “La responsabilità per omissione del medico in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, in via di pubblicazione sul “Bollettino dell’Ordine dei Medici Chirurghi degli Odontoiatri della Provincia di Pavia”, 2003.

²¹⁵ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit..

²¹⁶ STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit..

Come nota puntualmente STELLA, le Sezioni Unite danno un taglio netto a numerose sentenze che “ hanno utilizzato l’idea di condizione *sine qua non* come condizione necessaria **non** dell’evento **ma** dell’aumento o mancata diminuzione del rischio. Le Sezioni Unite prendono qui posizione su un tema che ha fatto ingresso nelle aule giudiziarie negli ultimi trent’anni, per l’impulso di giovani scienze quali l’epidemiologia.”²¹⁸

Come sottolinea STELLA “ è pacifico il riconoscimento che le valutazioni epidemiologiche, essendo appunto relative a popolazioni, sono **mute** rispetto al caso singolo: in base ai loro risultati, è **impossibile** attribuire l’evento lesivo ad un determinato comportamento.”²¹⁹

Allora ci chiediamo - premesso che l’unico risultato richiesto nel rapporto causale è la precisa ricostruzione di come un evento si è verificato per poterlo imputare all’agente/omittente - come si può utilizzare un criterio del quale l’unica certezza è rappresentata proprio dalla **impossibilità di attribuzione dell’evento lesivo ad un determinato comportamento?**

La inadeguatezza degli studi epidemiologici vengono riassunti dall’Autore in una serie di indici : “ a) le statistiche espresse nelle ipotesi epidemiologiche non dicono nulla su ciò che è realmente accaduto nel caso concreto; b) quando si dice con un’indagine epidemiologica che il “tanto per cento” delle malattie è dovuto a cause professionali o ad altre cause, il numeratore della proporzione (casi attesi) **non deriva** da un censimento di casi **provatamente causati** da esposizione, bensì dalla differenza tra il numero dei casi osservati e il numero dei casi attesi; c) non c’è quindi alcuna possibilità di distinguere, fra i casi esposti, chi non si sarebbe ammalato in assenza di esposizione, e chi si sarebbe ammalato ugualmente. Se, ad esempio, in una certa provincia si sono verificati

²¹⁷ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema corte di cassazione”, op. cit., pag. 772.

²¹⁸ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 775.

²¹⁹ STELLA F., vedi nota precedente..

“3000 casi di cancro al polmone, e circa 2000 di questi pazienti hanno avuto contatti, nel corso della loro attività professionale, con una o più sostanze cancerogene per l’apparato respiratorio, sappiamo, al di là di ogni ragionevole dubbio, che circa 1000 di questi casi non si sarebbero manifestati in assenza di questi specifici fattori professionali, ma non sappiamo quali”²²⁰. L’epidemiologo BERRINO conclude : per dichiarare qualcuno responsabile, il magistrato dovrebbe “**tirare a sorte**”.

Ecco le ragioni per le quali le Sezioni Unite sono così perentorie nel dichiarare **ripudiata** dal vigente sistema penale l’idea della condizione necessaria dell’aumento o della mancata diminuzione del rischio.

La verità – prosegue STELLA – è che le sentenze che si sono ispirate al criterio dell’aumento del rischio segnano, ancora una volta, un ritorno ad una mancata visione autoritaria delle funzioni del giudice, che non può trovare cittadinanza in una democrazia e sulla quale le Sezioni Unite non risparmiano i propri anatemi. A ben vedere, sottintesa a questi vi è la constatazione che oggi lo Stato non esercita più attraverso i giudici la pretesa punitiva in nome di una sua autonoma ragione.”²²¹

6.3. Segue <<Il ragionevole dubbio>>.

Appare ancora acerbo il richiamo operato dalla Cassazione al ragionevole dubbio. Esso, infatti, per come è preso in considerazione dalla Suprema Corte, appare ancora ben lontano dalla sua evoluta formulazione ad opera della recente dottrina più attenta.

L’oltre il ragionevole dubbio riveste – lo ripetiamo – un ruolo determinante su due fronti che rappresentano due facce di una medesima medaglia.

²²⁰ BERRINO, “ Candido atteggiamento o denuncia di comportamenti inadeguati?”, in *Medicina del lavoro*, 1988, pag. 167 ss., al quale si può aggiungere un lungo elenco di epidemiologi, studiosi di medicina del lavoro e giuristi : cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, op. cit., pag.258 ss..

²²¹ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 775-776.

Esso deve atteggiarsi come **regola probatoria** utilizzata dal pubblico ministero e – con perfetta corrispondenza – come **regola di giudizio** verificata dal giudice.

Intanto sottolineiamo che secondo quanto viene ribadito da STELLA, la regola dell'oltre il ragionevole dubbio “ non è – come spesso si ritiene - una “invenzione” americana, al contrario essa rientra nella più pura tradizione della democrazia giuridica italiana, negli insegnamenti dei più grandi giuristi dell'Italia liberale dell'800 e del '900.”²²²

STELLA richiama tutta una serie di grandi studiosi che se ne sono occupati: da CARRARA a CARNELUTTI, da LUCCHINI a SARACENO e poi tanti altri, tutti intenti a proclamare la **intima immoralità** di un giudizio sulla colpevolezza di un imputato fondato anche su un semplice sospetto di innocenza.

CARRARA scriveva : “vi sono di quelle verità che potrebbero dirsi piuttosto scolpite nel cuore dell'uomo dal **dito di Dio**, anziché derivare da umane convenienze o da logiche deduzioni. Una di queste verità eterne è quella che tutti i codici rispettarono, tutte le genti venerarono nell'aurea massima *in dubio pro reo*”.²²³

Nel 1900 CARNELUTTI scriveva : “la legge considera la condanna ingiusta come un danno sociale, più grave dell'ingiusto proscioglimento e perciò esige dal giudice maggior cautela per condannare che non per prosciogliere”.²²⁴

In questa visione di insieme “ ecco perciò l'intima moralità dell'insegnamento delle Sezioni Unite : i giudici sono chiamati ad adottare la loro decisione rispettando il principio che qualsiasi ragionevole dubbio, di qualunque entità, debba risolversi a favore dell'imputato.

²²² STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 777.

²²³ CARRARA, Opuscoli di diritto criminale, sesta edizione, III, Firenze, 1910, pag. 53 ss. citato da STELLA in “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 778.

²²⁴ CARNELUTTI, Prove civili e prove penali, Padova, 1925, pag. 13 ss., citato da STELLA in “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 779.

Questa insistenza sulla maggiore certezza ragionevolmente ottenibile serve, al momento della decisione, per affermare la dignità dell'imputato ed affermare i suoi diritti come persona.²²⁵

Fatte queste premesse di carattere ideologico, occorrerà tentare di capire innanzitutto quale tipo di valenza assume per la Suprema Corte il principio in esame e quali sono gli strumenti che possono concretamente essere adoperati per un suo concreto utilizzo.

Riguardo questi aspetti è bene richiamare quanto affermato nel paragrafo 5.4. riguardo al tentativo di conciliazione operato dalla Corte nei confronti dell'opera delle sue sezioni ed in particolare nell'ambito della Sezione IV.

Non può non essere condivisa l'affermazione della Corte secondo cui :
<< 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 >>²²⁶.

In questo senso, il principio sembra essere recepito nella sua più ampia valenza garantistica, salvo poi alcune precisazioni delle Sezioni Unite che ne ridimensionano la portata.

In particolare la contraddizione si ravvisa nell'accostamento di termini quali l'oltre ogni ragionevole dubbio ad altri quali coefficienti medio-bassi di probabilità.

“Le Sezioni Unite, discostandosi dalle ben note sentenze della IV Sezione le quali esigono la quasi certezza, assicurata da coefficienti molto elevati, vicinissimi a 100, sostengono che possono essere utilizzati anche *<<coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista>>*. [...]

²²⁵ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 777.

²²⁶ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, in Foro It., II, pag. 601, 2002.

E' certo che ogni conclusione sul nesso di condizionamento e sulla spiegazione causale dell'evento ha inevitabilmente una struttura probabilistica. Ed infatti [...] oggi gli scienziati ne sanno molto di più di quanto ne sapessero cent'anni fa, e molto di meno di quanto sapranno tra mille anni. Ora, una spiegazione vera , col requisito della certezza **assoluta**, dovrebbe fare riferimento al sistema **completo** delle leggi della scienza (cioè anche a quelle leggi che conosceremo tra migliaia di anni) e dovrebbe altresì fare riferimento a tutte le c.d. **condizioni iniziali**, cioè a tutte le situazioni di fatto sussumibili sotto quel sistema di leggi, condizioni oggi non conosciute e non conoscibili.[...]

Non si può ignorare che esistono e si sono sviluppate delle discipline come la **medicina**, dominate da cima a fondo dalla probabilità : è rispetto a discipline di questo tipo che nasce il problema dell'impiego di leggi statistiche. Ora, una legge statistica proprio perché ammette delle eccezioni, non consente sempre di giungere a quelle conclusioni umanamente certe richieste dal processo penale : il **minimo** che si possa esigere è che essa sia vicinissima ad 1 ²²⁷, in modo da approdare ad una conclusione quasi certa o di pratica certezza o accettabile al di là di ogni ragionevole dubbio.”²²⁸

Queste affermazioni di STELLA sono condivisibili, tuttavia, riscontriamo nei fatti come la Cassazione – nell'accettare coefficienti medio-bassi - abbia abbandonato la pretesa proprio di quel **minimo** appena delineato dall'Autore.

In quest'ottica il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, come richiamato dalle Sezioni Unite, perde ogni valore, esso viene di fatto svuotato dei suoi più profondi contenuti etici.

²²⁷ AGAZZI, “La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)”, in Riv. It. Dir e Proc. Pen., pag. 393 e ss., 1999.

²²⁸ STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, op. cit., pag. 788-789-791.

7. La svolta operata dalla Cassazione: Il metodo e l'oltre il ragionevole dubbio.

Abbiamo avuto modo di verificare attraverso l'esame dell'evoluzione giurisprudenziale come le pronunce della Cassazione che occupano l'arco temporale compreso tra il 2000 sino alla sentenza *Franzese* del 2002, abbiano operato una sorta di depurazione dell'attività della Magistratura Giudicante.

Precedentemente a queste sentenze, essa era oscurata da improbabili soluzioni ermeneutiche introdotte sia ad opera della medicina-legale che da parte della dottrina giuridica.

In questo senso, l'opera della Suprema Corte si riflette su più fronti.

Il grande merito della Cassazione risiede nell'aver eliminato innanzitutto concetti alternativi quali quello di causa idonea, scaturita dai costanti tentativi della medicina-legale di trovare una propria indipendenza nei confronti del diritto.

Per altro verso si nota nelle indicazioni della Cassazione un vero e proprio abbattimento di quei paradigmi prasseologici profilati sin a quel momento, con la formulazione dell'unica via da percorrere per giungere ad una corretta ricostruzione del nesso eziologico.

Tra queste la più improbabile e pericolosa appare senza dubbio la soluzione che prevede l'utilizzo del paradigma del c.d. dell'aumento del rischio.

“Fino alle richiamate sentenze emanate nell'anno 2000, che hanno segnato l'inizio del terzo periodo della riflessione della Suprema Corte in materia di causalità, le suggestioni derivanti dall'indirizzo dottrinale [...] si sono rivelate una fonte di grave incertezza per la giurisprudenza.

Soprattutto sul terreno dell'attività medico-chirurgica e su quello della prevenzione delle malattie professionali, si è assistito alla progressiva affermazione di ben quattro orientamenti giurisprudenziali diversi[...].”²²⁹

²²⁹ D'ALESSANDRO F., “La certezza del nesso causale : la lezione ‘antica’ di Carrara e la lezione ‘moderna’ della Corte di Cassazione sull'oltre il ragionevole dubbio”, op. cit., pag. 748.

Emerge dalle ultime sentenze la volontà della Cassazione di uniformarsi finalmente alla *migliore dottrina* - specificata nell'opera di Federico STELLA e più volte esplicitamente richiamata - che pare fornire soluzioni conformi al dettato legislativo.

Sempre prudente nell'enunciare i suoi principi la Suprema Corte è sempre rivolta alla concretezza, all'effettivo uso che si possa fare del nesso causale, anche a costo di privarla di momenti essenziali.

Certo è vero che la Corte elimina l'aumento del rischio per paura della << *abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio*>>²³⁰, ma sempre con le sue consuete precisazioni dalle quali nasce uno spontaneo discorso sul metodo, che tende ad offrire quell'unica via prospettata dalla Cassazione.

Infatti la Corte sostiene : <<*deve tuttavia riconoscersi che la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di << causazione multipla>> legati al moderno sviluppo delle attività.*

Il processo penale – continua la Corte - , 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 dell'<<abduzione>>), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse,

²³⁰ Cass. Pen., Sez. Unite, 10/07/2002, in Foro It., II, pag. 601, 2002.

dipendendo essi, e differenza dell'argomento << deduttivo>>, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse>>²³¹.

Proseguendo in questo discorso sul metodo, la Cassazione non manca di far cenno ad un aspetto che riveste tutta la sua importanza nella causalità proprio con specifico riguardo delle omissioni in campo medico.

Continua la Corte: *<< 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 soltanto congettrate, 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>>²³².*

In questo senso le Sezioni Unite individuano nel metodo induttivo la soluzione per una spiegazione causale che accetti i limiti conoscitivi. Questo risultato non può che essere condiviso, ma la critica alla Corte non riguarda il metodo, bensì le conclusioni che essa trae.

Va bene dunque l'eliminazione dell'aumento del rischio, così come anche l'utilizzo del metodo induttivo, però non possono essere accettate le contraddizioni delle soluzioni prospettate.

²³¹ Cass. Pen. Sez. Unite, 10/07/2002, in Foro It., II, pag. 601, 2002.

²³² Vedi nota precedente.

Non si capisce, infatti, come questa prudenza appena esaminata possa conciliarsi con l'introduzione di formule sommamente garantistiche come l'oltre il ragionevole dubbio, se poi quest'ultimo deve essere di fatto svuotato del suo contenuto.

Sarebbe stata più coerente la Corte se non avesse sbandierato un principio di tale portata : non si può affermare la vigenza del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, per poi affermare che sono sufficienti coefficienti medio-bassi per la spiegazione causale!

“Riconoscendo che la sussunzione di omissione ed evento può avvenire anche entro leggi scientifiche a non elevato grado di conferma, le Sezioni Unite **arretrano** rispetto alla giurisprudenza più garantistica formatasi negli ultimi anni, che richiede, ai fini della prova (tendenzialmente) certa del rapporto di causalità, che la legge di copertura sia caratterizzata da un elevato grado di conferma empirica (una percentuale di casi <<quasi prossima a cento>>) e non certo da livelli medio-bassi di probabilità statistica.

In effetti, per considerare provata la responsabilità del medico per condotta omissiva al di là di ogni ragionevole dubbio – come dovrebbe essere ovvio in un sistema processuale moderno – occorrerebbe che essa poggi su conoscenze scientifiche dotate di un elevatissimo grado di supporto probabilistico, quasi a livello del 100 %, e non certo a livelli ‘medio-bassi’.

Tutto lascia invece prevedere che anche dopo la sentenza qui commentata [...] i giudici penali continueranno a fare appello al loro “libero convincimento” per supportare decisioni basate su presupposti scientifici fragili, e che pertanto nel campo della responsabilità medica continueranno a prevalere – o comunque ad essere ben presenti – esigenze di deterrenza (cioè di ‘ammaestramento’ degli appartenenti alla classe medica) piuttosto che di giustizia (e cioè di protezione degli

innocenti, che rischiano di essere sacrificati in nome di una concezione 'debole' della causalità).”²³³

8. Dopo la sentenza Franzese, si riapre il dibattito sulle c.d. leggi scientifiche di copertura.

Appare fuor di dubbio come dinanzi ad una svolta epocale come quella operata dalla sentenza Franzese, difficilmente possa riscontrarsi un qualche elemento di novità nella giurisprudenza della Suprema Corte di legittimità. Tale riflessione viene accompagnata da un sentimento di sollievo. Infatti, nella prospettiva garantista entro cui la sentenza Franzese ha traghettato i giuristi, difficile sarebbe pensare a nuovi cambiamenti eccezion fatta per una ipotesi di poco auspicabile involuzione del sistema, che condurrebbe a conseguenze assolutamente anticostituzionali.

Non è una sorpresa, pertanto, come le recentissime pronunce della Corte di Cassazione abbiano costantemente richiamato le Sezioni Unite del 2002.

Si segnala a tal proposito la **sentenza n. 4177 del 02.02.2007 della IV sez. della Cassazione Penale**, che pare riaprire il dibattito sulla causalità già iniziato con la sentenza Franzese.

La vicenda processuale si riferiva al decesso, causato da scompenso cardio-circolatorio acuto conseguente da shock settico, di un paziente avvenuto a seguito di complicazioni post operatorie, 25 giorni dopo essere stato operato in regime di day surgery per ernia inguinale e testicolo ritenuto.

Le imputazioni rivolte ai chirurghi erano le seguenti: **1)** aver omesso una tempestiva ed accurata valutazione del quadro clinico in fase post operatoria oltre che della sintomatologia manifestata con particolare riguardo al dolore lamentato dal paziente ed al siero presente nella ferita;

²³³ FORNARI L., “La responsabilità per omissione del medico in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, in “Bollettino dell’Ordine dei Medici Chirurghi degli Odontoiatri della Provincia di Pavia”, 2003.

2) di avere omesso di adottare tempestivamente il trattamento diagnostico adeguato (in particolare doveva essere praticata una puntura esplorativa/ecografica), limitando il proprio intervento iniziale nella somministrazione di antidolorifici; 3) di avere omesso una tempestiva ed adeguata terapia chirurgica e farmacologica, ritardando gli interventi ritenuti necessari sino al giorno del decesso del paziente.

I tre sanitari coinvolti nella vicenda in primo grado venivano ritenuti colpevoli di omicidio colposo. Seguivano quindi il secondo grado di merito ed il giudizio di legittimità.

Con la sentenza n. 4177 / 2007 il Collegio di legittimità, dopo aver puntualmente richiamato i principi fissati dalle precedenti Sezioni Unite, si pone la questione se i giudici di merito abbiano, nel caso in esame, fornito di adeguata motivazione la valutazione sulla efficienza causale della condotta colposa, ricollegandola all'evento in termini di *alto grado di credibilità razionale*, nel quale si sostanzia la c.d. certezza processuale così come indicata dalla sentenza Franzese.

La pronuncia n. 4177 del 2007 in tal senso riapre il dibattito sulle c.d. leggi di copertura, infatti viene affermato come: “La risposta sulla sussistenza o meno del nesso eziologico non può essere, in effetti, esaustivamente e semplicisticamente trovata, sempre e comunque, nelle leggi statistiche. [...] Però, non può neppure affermarsi che le leggi statistiche, in precedenza considerate decisive, debbano essere completamente trascurate.”²³⁴

Viene, poi, puntualizzato come : “ Le leggi statistiche, in vero, sono solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare, unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto. Con la conseguenza che il giudizio positivo sulla sussistenza del nesso eziologico non si baserà più solo sul calcolo aritmetico statistico (quale che sia la percentuale rilevante), ma dovrà trovare il proprio supporto nell'apprezzamento di tutti gli specifici fattori che hanno caratterizzato la vicenda concreta.

²³⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 02/02/2007, n. 4177.

Il giudice, in buona sostanza, potrà (anzi dovrà) partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche, che, quando esistano, costituiscono il punto di partenza dell'indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne in un senso o nell'altro il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l'assenza di altri fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale ad un determinato trattamento farmacologico e con tutte le altre condizioni, presenti nella persona nel cui confronti è stato omissso il trattamento richiesto , che appaiono idonee ad influenzare il giudizio di probabilità logica. In una tale prospettiva, il dato statistico, lungi dall'essere considerato ex se privo di qualsivoglia rilevanza, ben potrà essere apprezzato dal giudice, nel caso concreto, ai fini della sua decisione, se riconosciuto come esistente e rilevante, unitamente a tutte le altre emergenze fattuali della specifica vicenda *sub iudice*, apprezzando in proposito, laddove concretamente esistenti ed utilizzabili, oltre alle leggi statistiche, le regole scientifiche e quelle dettate dall'esperienza. ”²³⁵

Quindi la Suprema Corte ci tiene a sottolineare come il ricorso alle tradizionali leggi di copertura non sia più una operazione del tutto esaustiva, in quanto la medesima andrà, ove possibile, integrata dalla prassi e dall'esperienza.

Conclude la Corte affermando che : “ è ovvio che in questo giudizio complessivo, il giudice dovrà verificare l'eventuale emergenza di ‘fattori alternativi’ che possano porsi come causa dell'evento lesivo, tali da non consentire di poter pervenire ad un giudizio di elevata credibilità razionale (al di là di ogni ragionevole dubbio) sulla riconducibilità di tale evento alla condotta omissiva del sanitario. ”²³⁶

²³⁵ Vedi Nota precedente.

²³⁶ Vedi Nota 234.

CAPITOLO TERZO

Causalità, diritto penale e tutele alternative

1. Attualità dell'utilizzo del termine causa.

Se per un verso la giurisprudenza si orienta sul maggiore o minore utilizzo delle seppure estreme teorie sulla causalità, per altro, insigni maestri del calibro di Federico STELLA si chiedono da sempre se la causalità risulti ancora attuale. Ci si interroga se la causalità sia ancora in grado di fornire risposte utili al passaggio dalla pura teoria verso soluzioni pratiche. Al giurista pratico non necessitano complesse ed improbabili teorie che, lungi dal fornire una risposta sulla verifica o meno della fattispecie astratta, insinuano dubbi ed allontanano le certezze.

Il diritto penale non può ancorarsi ad irrisori *calcoli probabilistici* ma necessita, per la sua applicazione, di conoscenza il più possibile completa della imputazione dell'evento lesivo.

Risulta attualissimo il quesito di Stella sulla possibilità e legittimità dell'uso della nozione di causa.

L'Autore auspica un utilizzo giustificato della parola causa, essa deve avere un ruolo di utilità nel campo di indagine, "si può dire che il valore di un concetto come quello di causa dipende in larga misura dalla sua utilità, dal ruolo che esso svolge o che può svolgere in un determinato campo di indagine; ed è <<erroneo sostenere che questa nozione, per essere priva di utilità in certe zone della scienza non possa avere un ruolo legittimo in altre sezioni dello studio scientifico>>, proprio come è erroneo supporre che, <<per il fatto che la nozione di causa svolge un ruolo importante in qualche campo di indagine, la nozione stessa sia indispensabile in tutti gli altri campi>>".²³⁷ „²³⁸

²³⁷NAGEL E., *The Structure of Science*, 1961, trad. it. La struttura della scienza, V ed. Milano, pag. 79 e ss., 1981.

²³⁸STELLA F., "*La nozione penalmente rilevante di causa*", saggio in appendice in *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, op. cit., pag. 332.

Il punto di partenza risulta essere quindi un corretto e cauto approccio al termine causa, non utilizzato *tout court* come base di improbabili discussioni di carattere esclusivamente logico, ma come strumento indispensabile per la spiegazione della verifica di un evento lesivo.

Allora il concetto di causa utile ai fini penalistici ed utilizzato dall'interprete - così come posto dal legislatore - sarà determinato dalla spiegazione sul come un'azione od un'omissione, volontaria e consapevole o involontaria, conduca ad uno specifico evento lesivo.

Quindi per poter utilizzare la causalità come strumento efficace di indagine ricostruttiva nell'ambito della formulazione di una imputazione, occorrerà preliminarmente saggiarne l'utilità in relazione al contesto operativo e questa valutazione dovrà essere conforme al punto di vista del giudice penale, il quale è chiamato ad impostare l'indagine sulla causalità partendo dal dato normativo.

Appare chiaro come, superate le due impostazioni antagoniste in dottrina, l'una sull'utilizzo incondizionato e sistematico della causalità, l'altra sull'eliminazione del termine causa in diritto penale, sarebbe auspicabile una maggiore specializzazione degli operatori nei vari settori, per comprendere innanzitutto se determinati eventi lesivi siano inquadrabili in un meccanismo causale, ed in un secondo momento procedere ad una corretta imputazione, cioè stabilire se l'evento lesivo possa essere considerato opera dell'uomo. In quest'ottica "...appare chiaro che un progresso sostanziale nello studio della causalità nel diritto penale non può essere raggiunto ricercando, al di fuori di quest'ultimo, il concetto <<puro>> di causa, bensì soltanto ripercorrendo la strada sicura che va dall'analisi delle <<esigenze>> dell'ordinamento penale alla formulazione dei concetti. In tal modo, non si scoprirà certo alcuna nozione <<privilegiata>> - anche se non è da escludere la possibilità di individuare un significato <<abbastanza>> definito della parola causa, comune a molte zone della scienza e al senso comune -²³⁹, ma in

²³⁹ NAGEL E., op. cit., pag. 79.

compenso si potrà chiarire se ed entro quali limiti i concetti causali abbiano per il diritto penale un valore pratico”.²⁴⁰

Volendo procedere ad una indagine di questo tipo, appare subito evidente come uno dei settori in cui lo strumento della causalità ed il termine causa sono indiscutibilmente utili, è proprio la medicina legale. In essa il nesso eziologico, *se conosciuto*, può essere imputato attraverso il meccanismo della causalità, pertanto in medicina legale il rapporto di causalità è indispensabile per ricostruire la fattispecie incriminatrice.

La risposta sull’attualità del termine causa e la sua corretta ricostruzione all’interno della struttura causale viene oggi anche dal supremo organo di legittimità del nostro ordinamento. In particolare nella sentenza Franzese si è ribadito l’indispensabile utilizzo del termine causa come sinonimo di condizione necessaria propria del diritto penale. Tale concetto è stato, alla luce della sentenza n. 4177/2007, ulteriormente avvalorato ed integrato mediante l’accostamento all’utilizzo di leggi statistiche di tutti quei fattori utilizzabili quali le cd ‘regole di esperienza’ e delle regole scientifiche’ atte a formare il convincimento sulla sussistenza del nesso eziologico tra attività del chirurgo ed evento lesivo.

2. Il raggiunto equilibrio tra diritto e medicina nell’utilizzo del nesso causale. L’abbandono dell’aumento del rischio e della causa idonea.

La Corte di Cassazione ha operato, su più fronti, un’opera di depurazione della causalità.

Dal punto di vista della medicina legale, viene definitivamente privato di legittimazione il concetto di causa idonea elaborata sino a questo momento dalla medicina legale.

C’è da notare che un passo in questo senso era già stato effettuato dalla stessa dottrina medico legale. Alcuni tra i suoi più insigni rappresentanti avevano cercato una soluzione conciliatrice tra diritto e medicina.

Mauro BARNI in particolare è uno di questi esponenti che hanno inferto un colpo durissimo alla cultura medico-legale tradizionale: “ non più una

²⁴⁰In questo senso STELLA F., voce Rapporto di causalità, in AA. VV., Enciclopedia Giuridica Treccani, pag. 2.

medicina legale che determina con criteri suoi propri le conoscenze da ritenersi valide, ma l'aperto riconoscimento del primato del diritto nella definizione dei criteri di valutazione delle conoscenze scientifiche, soprattutto delle conoscenze dominate dall'incertezza.

E' in questa prospettiva di costruzione giuridica della scienza medica che si collocano le architravi del pensiero di BARNI sul capitolo – giustamente definito uno dei fondamentali della medicina legale – della causalità.”²⁴¹

L'opera di BARNI in particolare si struttura in due *'architravi'*.

La prima è rappresentata, come abbiamo appena visto, dal suggerimento che lo studioso dà alla medicina legale: di rinunciare ad una pretesa specificità nella definizione del rapporto di causalità rispetto a quelle che sono le corrette metodologie in ambito forense.

“ Più chiaro di così! In una democrazia, una persona – ad esempio un medico – può essere dichiarata pubblicamente, di fronte all'intera collettività, responsabile dell'evento morte o dell'evento malattia solo a patto che sia stata <<proprio lei>> a provocare quell'evento. E' quel <<proprio lei>> che spiega la ragione per cui gli orientamenti dell'intero mondo occidentale [...] richiedono, come *minimum* assoluto per l'imputazione dell'evento, che l'azione o l'omissione sia una condizione *sine qua non* o una causa *but for*, cioè un antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe verificato.”²⁴²

Da queste premesse BARNI si spinge verso una aspra critica nei confronti del tentativo di erosione della condizione necessaria come requisito indefettibile dello schema del diritto penale dell'evento : “ nell'ambito della responsabilità medica – osserva lo studioso - << non raramente si ricorre ad una ricostruzione della causalità ancorata a fattori di tipo altamente e vagamente prognostico-possibilistico, se non

²⁴¹ STELLA F., “La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale”, op. cit., XV.

²⁴² STELLA F., “La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale”, op. cit., XVI.

addirittura induttivo, limitato quindi alla rilevazione del rischio o dell'aumento del rischio concesso alla gestione diagnostico-terapeutica [...] si tende ad introdurre la responsabilità causale dall'attitudine potenzialmente causale di un metodo invasivo o indaginoso o di un farmaco scarsamente maneggevole, secondo un salto dialettico non solo arbitrario, ma anche lesivo della necessità scientifica>>.

E' la pietra tombale sulla pretesa di coloro che vogliono basare la responsabilità penale sull'accertamento dell'aumento del rischio e quindi della idoneità dell'azione o dell'omissione o, se si preferisce, della causa probabilistica.²⁴³

Da questo punto di vista vi è perfetta corrispondenza tra la migliore dottrina medico-legale ed i recenti riscontri avuti attraverso l'opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in questo senso vi è, quindi, una uniformità di vedute.

2.1. La causalità omissiva e la sua dimostrazione.

BARNI con la sua opera si spinge molto più in là, ed è a partire da questo punto in poi che le sue riflessioni di discostano da quelle delle Sezioni Unite.

La seconda *'archittrave'* del suo pensiero si basa, infatti, sulla distinzione del piano della causalità da quello della sua prova, per poi approfondire la tematica della causa probabilistica e dell'incertezza scientifica.

Anche la Cassazione opera la medesima distinzione compiuta da BARNI, ma con esiti differenti. Infatti per come viene impostato il pensiero dello studioso, esso è vicino non alla sentenza Franzese, ma piuttosto alle pronunce che la avevano immediatamente preceduta.

Il punto di partenza è il medesimo, vale a dire l'utilizzo di leggi di copertura universali o anche statistiche.

²⁴³STELLA F., "La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale", op. cit., XVII.

Ma , mentre BARNI aggancia il suo pensiero alla necessità del ricorso a leggi statistiche che consentano una spiegazione forte (perché basata su coefficienti percentuali vicini a cento), la Cassazione sembra subire una involuzione. Tornando sui suoi passi afferma, infatti, la possibilità di utilizzo di coefficienti medio-bassi purché suffragati dal riscontro probatorio.

Allora, va bene che il tema di cui ci stiamo occupando è dominato dall'incertezza, ma - come ripete sempre lo stesso BARNI – quando si tratta di provare la responsabilità penale, non ci sono scorciatoie.

“Dunque, probabilità sì, ma probabilità nel senso che le leggi della scienza medica utilizzabili sono quelle che asseriscono una percentuale di variabilità bassissima, dello 0 virgola qualcosa : insomma, una legge statistica che garantisca la pratica certezza.

E' proprio quel che dice, in sostanza, anche la relazione dell'ultimo progetto di riforma del codice penale, giustamente richiamata da BARNI : la regola probatoria e di giudizio deve essere quella della certezza, che viene assicurata in pieno dal modello nomologico-deduttivo.”²⁴⁴

In merito a queste ultime precisazioni non possiamo essere che d'accordo sia con BARNI che con STELLA, e , conseguentemente, porci in una posizione critica rispetto alle recenti affermazioni della sentenza Franzese, che in verità, come abbiamo già avuto modo di osservare in precedenza, in più punti si dimostra contraddittoria, spesso imprecisa anche quando si tratta di utilizzare termini quali l'oltre il ragionevole dubbio.

E allora, in definitiva, la Corte di Cassazione ritornando sui suoi passi non ha fatto altro che richiamare la migliore dottrina per poi discostarsene clamorosamente in un clima che a tutt'oggi rimane di incertezza in materia di omissioni causali in medicina e chirurgia e non solo.

²⁴⁴STELLA F., “La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale”, op. cit., XVII.

3. Le tutele alternative.

Ci si chiede, a questo punto, quale possa essere il rimedio in questo clima di incertezza.

Un dato di fatto incontestabile è rappresentato dalla affermazione che incertezza e sanzione penale non siano conciliabili; laddove non vi sia una certezza - tale da superare il principio di presunzione di non colpevolezza, cioè l'oltre ogni ragionevole dubbio - lo strumento di tutela non può essere rappresentato dal processo penale.

Lo stesso BARNI ne è consapevole, e lo stesso STELLA da molto tempo lo afferma.

Allora il piano sul quale si dovrebbe spostare l'indagine, in presenza di incertezza scientifica, dovrebbe essere quello del processo civile, così come avviene negli Stati Uniti, in cui vi è una proliferazione di azioni civili per il risarcimento del danno.

C'è da dire che - come sottolinea STELLA - “ le difficoltà di prova, insuperabili nel processo penale, appaiono così spesso insuperabili anche nel processo civile.”²⁴⁵

Tuttavia le conseguenze di un possibile errore in diritto civile non sono della stessa gravità delle conseguenze di un errore in diritto penale, in cui vengono lesi diritti inviolabili dei singoli cittadini, ed al contempo si crea uno sconcerto sociale inaccettabile: è meglio assolvere un colpevole che insinuare in una società il dubbio l'insicurezza su un sistema penale, generato dalla condanna di un innocente.

4. Il rapporto di causalità tra tutela delle vittime e diritti dell'imputato in medicina legale.

Risulta evidente come, nonostante il progresso scientifico, risulti ancora ardua l'indagine sulla causalità, soprattutto alla luce di concetti quali

²⁴⁵ STELLA F., “La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale”, op. cit., XVIII.

l'omissione in cui prevale la natura normativa ed ipotetica, tuttavia, questo non esime il giurista dal fornire risposte a chi con il diritto penale chiede tutela, tenendo in debito conto i rischi di un'attività come quella medica-chirurgica.

Non è pensabile un sistema in cui una attività talmente delicata come quella sanitaria, venga ulteriormente condizionata dal timore di facili condanne anche in assenza di una valida dimostrazione causale.

E' certo che sussiste un interesse sociale nei confronti dell'attività medica, ma esso è rappresentato, in una democrazia moderna, non dal collettivo desiderio di una pubblica vendetta consumata in ambito penale, bensì dalla consapevolezza che l'attività sanitaria si svolga nell'osservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline, nel tentativo di ridurre al minimo l'errore.

Ciascuna attività professionale è soggetta ad errore, S. Agostino diceva *Errare humanum est*, ma, occorre separare i vari ambiti in cui l'errore dipendente da un'azione o un'omissione di un sanitario possa essere valutata.

Occorrerebbe riflettere sull'opportunità di indagare l'azione o l'omissione nell'ambito del diritto penale.

Il diritto penale comprende, per la sua applicazione, di garanzie invalicabili dipendenti dal forte carattere affittivo delle norme che lo disciplinano.

E' impensabile mettere da parte principi quali la personalità della responsabilità penale, o il principio di legalità - tassatività o peggio la presunzione di innocenza.

La ricostruzione della causalità attiva ed omissiva deve essere equilibrata al fine di tutelare le vittime del reato, ma al contempo attenta a non eccedere - per una sorta di interesse sociale legato all'attività medica - nelle sanzioni qualora il nesso di condizionamento non risulti solidamente provato. E, non è sufficiente una prova dimostrata in una minima percentuale, oppure in modo altamente probabile,(non dimentichiamo che di recente con questa formula si sono giustificate

condanne basate su percentuali probatorie estremamente irrisorie, è sufficiente condannare un soggetto sulla base di un giudizio probabilistico pari al 30 %, qual è dunque il limite), ma occorrerà una solidità probatoria i cui caratteri sono stati recentemente sanciti da una serie di pronunce della Corte di Cassazione.

In questo senso riteniamo opportuno porci in un momento anteriore rispetto alla sentenza Franzese, e richiamare in particolare, la IV sezione della Suprema Corte che ha ribadito nel novembre 2000, ed in successive occasioni *<<che una certa condotta/omissione è causa di un determinato evento con una probabilità vicina alla certezza, vicina a cento>>*²⁴⁶.

Da questa pronuncia - seguita da altre del medesimo tipo ed in parte disattesa dalla recente sentenza a Sezioni Unite -si evince non solo in linea di principio la perfetta corrispondenza tra causalità attiva e causalità omissiva, ma anche la necessità di una solida ricostruzione probatoria , rappresentato da un indice percentuale vicino a cento, con una notevole inversione di tendenza rispetto ad alcune pronunce in materia che sembravano essere stabilmente approdate al paradigma dell'aumento del rischio.

5. Il progetto di riforma.

L'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato e che – a nostro avviso – merita tutta l'attenzione degli interpreti, è peraltro suffragato anche da timidi recenti tentativi di riforma del codice penale.

Nonostante si tratti solo di un Progetto preliminare, è importante esaminare i risultati ottenuti dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale²⁴⁷ , al fine di cogliere – in assenza di una riforma già operativa - i recenti sviluppi legislativi in materia di causalità ed in particolare di causalità omissiva.

²⁴⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 28 novembre 2000, n. 2123 – Pres. Battisti – Est. Battisti – Ric. Di Cintio.

²⁴⁷ Istituita con D. M. 1 Ottobre 1998.

L'attuale art. 40 c.p. stabilisce : << *Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è **conseguenza** della sua azione od omissione.*>>

L'articolo 13 del Progetto preliminare di riforma del codice penale, parte generale, del 12 settembre 2000, riprende queste indicazioni con un fondamentale correttivo. Dice la norma : << *nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se la sua azione od omissione non è **condizione necessaria** dell'evento da cui dipende l'esistenza del reato.*>>

Intanto viene proposta la codificazione del concetto di condizione necessaria che dovrebbe sostituire l'indicazione generica attualmente presente.

In questo i lavori della commissione sono perfettamente in linea con le ultime pronunce della Suprema Corte di Cassazione che ha sancito la condizione necessaria come *minimum* assoluto per la ricostruzione causale.

Il capoverso dell'attuale articolo 40 : <<*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*>>, viene invece riproposto in un articolo diverso, anche qui con un fondamentale correttivo.

Prima di analizzarlo soffermiamoci rapidamente sulla norma attuale.

Il capoverso dell'art. 40 introduce per l'omissione lo schema della posizione di garanzia : mancato impedimento di un evento legato ad un generico obbligo giuridico di intervento.

Proprio questo obbligo giuridico di intervento è alla base dell'attività professionale svolta dal medico.

Nel caso di specie l'obbligo giuridico di intervenire deriva, come più volte abbiamo avuto modo di osservare, da leggi, regolamenti, ordini e discipline.

In relazione a questo profilo, l'errore più macroscopico imputato alla giurisprudenza è stato quello di collegare, con una sorta di automatismo,

l'imputazione causale alla presenza di una posizione di garanzia. La ricostruzione causale veniva *obliterata* con il seguente ragionamento : siamo di fronte ad un obbligo giuridico di agire, allora il professionista che non ha agito è colpevole, ha causato l'evento, senza porsi il problema del riscontro probatorio.

Questo risulta essere il paradigma della volatilizzazione del nesso causale, in esso non viene dimostrato se l'evento sia stato effettivamente cagionato - con certezza - dall'omissione del sanitario, ma è sufficiente la presenza di due requisiti per emettere una sentenza di condanna : 1) la posizione di garanzia; 2) l'omissione.

Evidentemente questa interpretazione non può che essere respinta, ed in effetti così è avvenuto in sede giurisprudenziale, ma questo non basta.

In effetti una svolta radicale è rappresentata proprio dai risultati raggiunti in sede di commissione ministeriale che ha sostituito il capoverso dell'art. 40 con un articolo a sé stante.

La nuova norma è l'art. 14 il quale stabilisce che : << *Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito con certezza l'evento.*>>

In questa norma i lavori della Commissione approdano al risultato che si era prefissata sin dai primi momenti del suo operare.

Il principio che sin dall'inizio doveva essere portato avanti nei lavori, era rappresentato proprio dall'esigenza di << un ripensamento, e della eventuale correzione con una disposizione *ad hoc* , dell'indirizzo giurisprudenziale che afferma la causalità dell'omissione , anche quando l'impedimento dell'evento si sarebbe ottenuto con un grado di probabilità lontano dalla certezza.>>²⁴⁸

Come ha recentemente al riguardo osservato STELLA²⁴⁹, “ la Commissione ministeriale ha inteso compiere una scelta precisa e

²⁴⁸ In questo senso la Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice Penale, in Allegato alla Relazione della Commissione stessa, II. Reati commissivi mediante omissione, 2. Il problema della causalità dell'omissione.

²⁴⁹ STELLA F., Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, Giuffrè Editore, Milano, pag. 207 e ss., 2001.

consapevole : nella democrazia costituzionale italiana, i valori di immensa portata posti in gioco dal processo penale (diritto alla libertà, al buon nome, alla reputazione) esigono che la dichiarazione pubblica della responsabilità dell'imputato si basi sulla dimostrazione che è << **proprio lui** >> il responsabile dell'accaduto perché, senza il suo comportamento attivo od omissivo, l'evento non si sarebbe verificato; ed esigono altresì che la proposizione << è stato proprio lui >> sia provata dall'accusa con **certezza** , cioè al di là del ragionevole dubbio (la certezza è richiamata dall'art. 14, a proposito della causalità nei reati omissivi, ma il richiamo vale, ovviamente, anche per i reati commissivi).[...]

Certo la Commissione intende sottolineare anche la << continuità con una tradizione normativa consolidata ed idonea a fondare applicazioni corrette >> : il principio << **cardine** >> della condizione *sine qua non* – essa osserva ²⁵⁰ - è già enunciato nel comma 1 dell'art. 40 c.p. Rocco, qualificato dal riferimento al concetto di << condizione **necessaria** >>.

Ma ciò che preoccupa la Commissione sono proprio i tentativi di flessibilizzazione dello schema classico del diritto penale d'evento, realizzati dalla giurisprudenza attraverso un attacco al modello nomologico-deduttivo di spiegazione, ed una ricostruzione della causalità in chiave << prognostico-probabilistica >>, o di aumento del rischio.[...]

La Commissione – così si legge nella Relazione - << ha innanzitutto preso atto che la causalità, ed in particolare il modello nomologico-deduttivo (integrato dal rinvio alle leggi di copertura), sta attraversando una fase critica. Vi sono infatti materie in cui l'**erosione** da parte della giurisprudenza di tale paradigma causale appare evidente, e con riferimento alle quali tende ad affermarsi una ricostruzione della causalità ancorata a fattori di tipo prognostico – probabilistico, se non addirittura consistente nella rilevazione del rischio, o dell'aumento del rischio connesso all'esercizio di una determinata attività. Ciò si verifica, ad esempio nei settori quali : a) l'**attività medica**, dove, a fronte della

²⁵⁰ Commissione Ministeriale per la riforma del Codice Penale, Progetto preliminare di riforma del Codice Penale, parte generale, Relazione, 12/09/2000, 2. Il reato, 2.1 Principi generali.

pluralità dei fattori causali che sembrerebbero sovente entrare in gioco, lo strumento statistico e la epidemiologia sono spesso diventati indicatori decisivi degli effetti della rilevazione del rapporto causale; [...]»²⁵¹

Certo, « la Commissione è ben consapevole che tali tendenze si siano manifestate con riguardo a materie in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali (per es. la salute) »; ma ritiene che si tratti di « fenomeni che non si prestino ad essere ricondotti ad un modello verificabile di causalità».²⁵²

Volendo comparare rapidamente i lavori della Commissione con la recente sentenza Franzese, possiamo osservare che mentre per la ricezione della *condizione necessaria* la sentenza a Sezioni Unite risulta perfettamente in linea con l'art 13 del Progetto preliminare, tornando sui suoi passi, la Corte di Cassazione si è sostanzialmente distaccata dall'art. 14 del Progetto per il nuovo codice penale per quanto attiene all'espressa previsione della *certezza* come elemento normativo della fattispecie.

In questo senso – lo ribadiamo – sarebbe opportuno un ulteriore passo indietro da parte della Suprema Corte.

Le ragioni legittimanti sono state ampiamente esposte, ad esse aggiungiamo anche l'esigenza di uniformarsi alle importanti indicazioni legislative che, seppure non ancora formalmente introdotte nel sistema, indicano una precisa tendenza da non disattendere dal momento che forniscono un parametro indispensabile soprattutto per il supremo organo giudiziale.

6. Il fondamentale ruolo della Cassazione.

A fronte di un lungo silenzio del legislatore e di una mancata approvazione delle riforme – di cui abbiamo appena trattato - in materia di causalità, si è potuto riscontrare una intensa opera di legittimazione operata esclusivamente dalla Corte di Cassazione, la quale ha sempre cercato di mantenere – non senza difficoltà – un certo ordine in materia,

²⁵¹ Commissione Ministeriale, cit..

²⁵² STELLA F., Giustizia e modernità, op. cit., pag. 207-208-209-210.

tentando di razionalizzare anche l'intensa opera interpretativa della dottrina.

Di recente fondamentali pronunce hanno scandito la vita della causalità: se per un verso la pronuncia sul disastro di Stava ha aperto un cerchio sulla tematica in oggetto trattando della causalità attiva, questo viene chiuso dalla sentenza Franzese a Sezioni Unite che si occupa di riordinare l'altra faccia della medaglia causalità: vale a dire la causalità omissiva.

Vengono riconosciuti definitivamente i caratteri propri dell'omissione, senza però renderla *altro* rispetto alla causalità attiva.

Occorre, dunque, trattare la causalità omissiva con le peculiarità che le appartengono, ma senza stravolgere l'impostazione normativa vigente.

Non più differenze strutturali tra causalità attiva e causalità omissiva, non più certezza per l'azione e probabilità per l'omissione.

La Corte di Cassazione è stata indiscutibilmente la vera protagonista in seno al dibattito sulla causalità in medicina e chirurgia, l'unico centro di propulsione di questa materia tanto controversa.

D'altro canto, vista la difficoltà della ricostruzione strutturale - soprattutto in un ambito tanto problematico quale la responsabilità del medico - l'attività della Suprema Corte non poteva che porsi in modo tanto determinante.

E' chiaro che la sua opera esegetica non è esente da contraddizioni, ma questo deriva dalla stessa natura di una qualsiasi attività ermeneutica. E' anche vero che la mancata attribuzione di valore vincolante al precedente non consente di arrestare questa opera interpretativa, croce e delizia del nostro sistema: maggiori sono le pronunce su una medesima materia, più è probabile che insorgano contrasti di varia natura tra una singola pronuncia ed un'altra o, peggio tra un orientamento giurisprudenziale ed un altro. La conseguenza è che si crei una situazione di stallo dalla quale si possa difficilmente venire fuori.

Questo è ciò che negli ultimi decenni è accaduto in materia di responsabilità del medico.

Se per un verso la Cassazione è intervenuta efficacemente su più fronti, espungendo strumenti estranei al nostro ordinamento quali, per esempio, l'aumento del rischio e la causa idonea; è anche vero che la prospettiva attuale di operatività dell'accertamento causale omissivo in relazione all'attività medica non si presenti affatto chiara. In quest'ottica volgiamo fiduciosi lo sguardo alle future pronunce in materia ed al Progetto preliminare di riforma del codice penale.

D'altra parte è facilmente comprensibile come sia praticamente impossibile che un'unica sentenza a Sezioni Unite – quale la sentenza Francese di cui ci siamo occupati – possa eliminare improvvisamente tutte le perplessità sorte in capo alla responsabilità omissiva del medico, nate da decenni di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Questa materia, per la sua connaturale complessità, può essere a pieno titolo inserita nel dibattito attuale sull'opera della Corte di Cassazione in relazione ai <<*c.d. casi difficili*>> altrimenti definiti da DONINI ²⁵³ <<*hard cases*>>.

La loro difficoltà si basa sulla circostanza che “essi sono spesso sconosciuti in anticipo, vengono scoperti a posteriori, alla luce di nuove e contrastanti pronunce.

E' una situazione opposta a quella presente in *common law* : lì, infatti, le decisioni sono assai più prevedibili che da noi, per quanto sia paradossale che ciò avvenga proprio lì dove il giudice si vede riconosciuto il ruolo di creatore di norme [...], ruolo che nei sistemi continentali, invece spetta solo alla legge. Garante di questa stabilità e prevedibilità non è il ruolo del giudice quale fonte del diritto, ma la regola dello *stare decisis*, la forza vincolante del precedente, che è un principio di diritto di particolare concretezza, modellato su tipologie di casi, via differenziati o ulteriormente differenziabili secondo punti di vista <<tematici>>, non meri

²⁵³ In questo senso DONINI M., “Le garanzie istituzionali della legalità penale e un <<nuovo>> ruolo della Corte di Cassazione : a fianco o al posto del vecchio?”, in Cassazione Penale, pag. 1166, 2002, recensione al libro di CADOPPI A., Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in *action* della legalità, Giappichelli Editore, 1999.

esempi applicativi di una regola generale.”²⁵⁴ Come DONINI ci fa notare nella sua recensione, CADOPPI individua “ l’esigenza di adottare un modello di *stare decisis* tendenzialmente solo *verticale* , cioè operante rispetto ai giudici gerarchicamente subordinati, non a livello della stessa Cassazione : e ciò per assicurare, anziché neutralizzare, una effettiva dialettica almeno a livello di vertice. Avvertendo peraltro anche l’importanza della voce del giudice di merito, che è proprio quello più vicino a quel ‘fatto’ sul quale il precedente deve essere costruito[...], l’Autore segnala la possibilità di consentire al giudice di merito, in caso di dissenso dalla Cassazione, di rimettere la decisione alla Cassazione stessa, provocando con un ricorso motivato, la possibilità di un mutamento giurisprudenziale, il quale sarebbe però statuito, se del caso, sempre dalla sola Cassazione[...]. In caso di mancata rimessione, invece, il giudice di merito non potrebbe che applicare il precedente (anche in caso di un solo precedente di legittimità). In tal modo, il vincolo del precedente, sarebbe solo definibile come *relativo*, o *indiretto*[...]

Le Sezioni Unite, a loro volta, oltre a potere rivedere i precedenti delle sezioni semplici, saranno autorizzate anche ad un *overruling* rispetto alla propria giurisprudenza, in caso di seri e congrui motivi, ciò che dà sfogo ai possibili contrasti *diacronici* .”²⁵⁵

DONINI si sofferma sull’importanza culturale, per il penalista, dell’approccio metodologico di CADOPPI “ : un approccio istituzionale, e non meramente normativistico, al diritto. Il diritto è decisione e istituzione, non solo norma. La decisione-sentenza , inoltre , è una norma anch’essa, per quanto più individualizzata o concretizzata: non ha una funzione meramente dichiarativa (*ius dicere*) ed esecutiva di un programma completamente preconstituito. Si tratta di un’acquisizione, proveniente dall’ermeneutica contemporanea [...] . Nel lavoro di CADOPPI , tuttavia il tema diviene davvero istituzionale, e non semplicemente culturale. Direi anzi che l’Autore non cerca neppure di fondare e argomentare troppo, culturalmente, il ruolo della

²⁵⁴ DONINI M., op. cit., pag. 1167.

²⁵⁵ DONINI M., op. cit., pag.1174.

giurisprudenza-fonte, tanto riconosciuto in altri rami dell'ordinamento²⁵⁶, e mira a tradurlo subito in un progetto di riforma dell'ordinamento. Da questo punto di vista, si può perfino affermare che la proposta non riguarda specificamente il diritto penale, perché ha valore assai più generale.”²⁵⁷

6.1. Segue << Verso una riforma complessiva>>.

Ancora una volta emerge l'esigenza di una completa riforma del sistema. La sanzione penale deve riappropriarsi della sua caratteristica di *extrema ratio* e lasciare spazio a forme di tutela più idonee per le vittime e più garantistiche per gli imputati.

Ciò scaturisce dal fatto che materie tanto controverse come la responsabilità correlate ad attività professionali obbligatorie quali quella medico-chirurgica, per un verso, sono frutto di continue elaborazioni ad opera delle differenti dottrine giuridiche e medico-legali, per altro verso pongono complessi problemi di ricostruzione probatoria in sede processuale.

Da ciò scaturisce l'esigenza di una riforma completa, precisa, che non lasci nulla al caso o alla discrezionalità del Magistrato, per contribuire alla realizzazione di un sistema penale equo sia per le vittime che per gli imputati, in rispondenza col dettato costituzionale ed in armonia con lo spirito democratico che impronta di sé il nostro sistema normativo.

²⁵⁶ Per uno studio recente che ricomprende in una sintesi teorica e non solo storico-ricostruttiva o comparata, dopo noti saggi sul diritto giurisprudenziale di BIGIAMI, LOMBARDI VALLAURI, ORRÙ, CAPPELLETTI e altri, il tema della giurisprudenza come <<fonte>>, cfr. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè Editore, pag. 235 e ss., 1996.

²⁵⁷ DONINI M., “Le garanzie istituzionali della legalità penale e un <<nuovo>> ruolo della Corte di Cassazione : a fianco o al posto del vecchio?”, op. cit., pag. 1175.

BIBLIOGRAFIA:

AGAZZI, “La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 393 e ss., 1999.

AZZONI, Cognitivo e Normativo il paradosso delle regole tecniche, Milano, 1991.

BARNI M., Il rapporto di causalità materiale in medicina legale. Giuffrè Editore, Milano, 1995.

BARNI M., Consulenza medico legale e responsabilità medica, Milano, 2002.

BERRINO, “Candido atteggiamento o denuncia di comportamenti inadeguati?”, in Medicina del lavoro, pag. 167 e ss., 1988.

CARCANO D., voce “Rapporto di causalità”, in AA. VV. Codice penale : rassegna di giurisprudenza e dottrina, Giuffrè Editore, Milano, pag. 14 e ss., 2000.

CARNAP R., Philosophical foundations of physics, 1966, trad. It. I fondamenti filosofici della fisica, Milano, 1971.

CARNELUTTI, Prove civili e prove penali, Padova, 1925.

CARRARA, Opuscoli di diritto criminale , sesta ed., III, Firenze, 1910.

CENTONZE F., “Causalità attiva e causalità omissiva : tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 277 e ss., 2001.

CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, voce “Rapporto di causalità”, in Commentario breve del codice penale, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

D’ALESSANDRO F., “La certezza del nesso causale : la lezione ‘antica’ di Carrara e la lezione ‘moderna’ della Corte di Cassazione sull’oltre ogni ragionevole dubbio”, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., pag. 743 e ss., 2002.

DI GIOVINE O., “La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite”, ne Il Foro Italiano, pag. 608 e ss., 2002.

DONINI M., “La causalità omissiva e l’imputazione per l’aumento del rischio: significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici.”, in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 32 e ss., 1992.

DONINI M., “Le garanzie istituzionali della legalità penale e un <<nuovo>> ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?”, in Cassazione Penale, pag. 1165 e ss., 2002.

FEOLA T., Responsabilità legale del medico di medicina generale, Edizioni Minerva Medica, Torino, 1999.

FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen Peinlichen Rechts, prima ed., 1803.

FIANDACA G., voce “Causalità (Rapporto di)”, in Digesto penale, II ,Torino, pag. 127 e ss., 1988.

FIANDACA G., “Reati omissivi e responsabilità penale per omissione”, in Arch. Pen., pag. 44 e ss., 1983.

FIANDACA G. – MUSCO E., Diritto penale p. g. , Zanichelli Editore, Bologna, 1995.

FINESCHI V., “Responsabilità medica per omissione : malintesi e dubbi in tema di causalità materiale”, in Riv. It. Med. Leg., XXII, pag. 278 e ss., 2000.

FIORI A., “Il criterio di probabilità nella valutazione medico- legale del nesso causale”, in Riv. It. Med. Leg., XIII, pag. 29 e ss., 1991.

FIORI A., “Il nesso causale e la medicina legale : un chiarimento indefettibile”, in Riv. It. Med. Leg., pag. 247 e ss., 2002.

FIORI A., “Un discorso sul metodo”, in Riv. It. Med. Leg., pag. 687 e ss., 1985.

FIORI A., Medicina legale della responsabilità penale, Milano, 1999.

FRANCHINI, Medicina legale in materia penale, Padovana, 1972.

FORNARI L., “ La responsabilità per omissione del medico in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”, in via di pubblicazione nel Bollettino dell’Ordine dei Medici Chirurghi degli Odontoiatri della Provincia di Pavia, 2003.

GRASSO G., Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie, Giuffrè Editore, Milano, 1983.

GRISPIGNI F., “L’omissione nel diritto penale”, in Riv. It. Dir. Pen., pag. 451 e ss., 1936.

HANNAH ARENDT, The origin of Totalitarianism, in New York, 1966, trad. It. Le origini del totalitarismo, Milano , 1996.

HELLER, Staatslehre , terza ed. , 1963.

INTRONA F., “Il problema della causalità tra diritto e medicina”, in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 3 e ss., 1992.

LUBINI - SINI, “In tema di rapporto di causalità tra condotta medico-chirurgica ed evento infausto”,in Giust. Pen. ,II, pag. 8 e ss., 1986.

NAGEL E., The structure of science , 1961, trad. It. La struttura della scienza, quinta ed., Milano, 1984.

PALIERO C. E., “La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici”, in Riv. It. Med. Leg., XIV, pag. 821 e ss., 1992.

PALMIERI, Medicina forense, Napoli, 1964.

PUCCINI, La causalità in istituzioni di medicina legale, Milano, 1995.

PUPPE, Die Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW, 1980.

RECINE, “ Evoluzione storica del concetto di Causalità materiale in medicina legale”, in Riv. it. Med. Leg., pag. 359 e ss., 1983.

RENDA L., “Sull’accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica”, in Foro It. 1986, III, 351.

SECHI B., “La responsabilità giuridica del medico”, in <http://www.forodicagliari.it>.

SCHRADER-FRECHETTE, Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms, 1991, trad. It. a cura di POLI, Valutate il rischio, Milano, 1993.

SGUBBI F., Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento. Edizioni Cedam, Padova, 1975.

SINISCALCO M., voce Causalità (Rapporto di), in AA. VV. Enciclopedia Diritto, vol. VI, Giuffrè Editore, Milano, pag. 642 e ss., 1968.

STEGMULLER, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, I, Berlino, 1969.

STELLA F., Giustizia e modernità, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

STELLA F., Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Ristampa integrata con il saggio “La nozione penalmente rilevante di causa”. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

STELLA F., voce Rapporto di causalità, in AA. VV. Enciclopedia Giuridica Treccani, XXV, pag. 1 e ss., 1991.

STELLA F., “Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione”, in Riv. It. Dir. e Proc. Penale, pag. 767 e ss., 2002.

STELLA F., “La costruzione giuridica della scienza medica : la medicina legale”, prefazione al lavoro di **BARNI M.**, Consulenza medico-legale e responsabilità medica, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

TROYER L., “La responsabilità del medico per colpa professionale con riferimento all’attività svolta in equipe”, in <http://www.aisa.it/Angololegale/Responsabilit%e0Medico.htm>.

WEBER M., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen, 1992, trad. It. Il metodo delle scienze storico-sociali, rist., Torino, 1966.

Voce “La causalità nella produzione di eventi sanitari dannosi”, in “La responsabilità civile e penale del medico”, in <http://www.studiocelentano.it/restylingaprile99/meeting/161299ii.htm>.

Voce “Codice di deontologia medica”, in “Responsabilità del medico”, in <http://www.cislcomo.ust.it/servizi/adiconsum/doc/medico.htm>.

Voce “Reati omissivi” in Allegati alla “Relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale.” Istituita con C.M. 1 ottobre 1998, in http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/3-presupposti_sogg.htm.

INTRODUZIONE.....	
.....pag. 2	
CAPITOLO PRIMO : I principi fondanti la responsabilità del medico ed il c.d. nesso causale nel diritto penale.	
1. Principi generali e deontologici – la Colpa -	
.....	6
2. La responsabilità penale del medico e la rilevanza dei casi di responsabilità per omissione.....	7
3. Delimitazione della	
trattazione.....	
.....	9
4. La formula della <<conditio sine qua non>> ed il meccanismo di eliminazione mentale. La condizione necessaria.....	
.....	10
5. Le difficoltà della causalità omissiva applicata alla responsabilità penale del medico-chirurgo. Relazione ipotetica?.....	
.....	14
Segue << processi statici o costanti e dinamici o variabili>>.....	15
6. La causalità omissiva : pregiudizi iniziali e divergenze probatorie.....	18
Segue << il carattere normativo dell'omissione >> e le divergenze probatorie.....	19
7. Solidità probatoria nella fattispecie tipica.....	21
8. Nesso eziologico di medicina legale.....	24
Segue << La critica alla medicina legale>>.....	25
Segue <<Il primo peccato>>.....	27
Segue << il secondo peccato >>.....	30

<i>Segue</i> <<la scelta del metodo>>.....	31
9. Il criterio probabilistico.....	33
10. L' <<aumento del rischio>> : tra causalità e colpevolezza.....	37
11. L' <<oltre ogni ragionevole dubbio>>.....	41

CAPITOLO SECONDO : La responsabilità del medico-chirurgo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

1. Note introduttive.....	44
2. L'approccio alla prassi da parte della medicina legale.....	45
3. L'evoluzione prasseologica della causalità omissiva in medicina e chirurgia. I paradigmi di PALIERO.....	49
3.1 <i>Segue</i> <<La volatilizzazione del nesso causale>>.....	50
3.2 <i>Segue</i> <<La certezza>>.....	51
3.3 <i>Segue</i> << La probabilità>>.....	53
3.4 <i>Segue</i> << L'aumento del rischio>>.....	58
4. I recenti sviluppi della giurisprudenza e le tendenze attuali.....	63
4.1. La prima stagione della giurisprudenza.....	63

4.2. La seconda fase di elaborazione giurisprudenziale.....	66
4.2.1. <i>Segue</i> << La certezza della causalità attiva e la probabilità della causalità omissiva>>.....	66
4.3. La terza stagione della giurisprudenza.....	70
4.3.1 <i>Segue</i> << Verso le sezioni unite>>.....	75
5. La sentenza a sezioni unite : il quesito centrale.....	78
5.4. <i>Segue</i> << La vicenda processuale>>.....	79
5.5. <i>Segue</i> << Lo statuto della causalità omissiva >>.....	81
5.6. La risposta delle Sezioni Unite.....	83
5.4. Il tentativo di conciliazione tra luci e ombre.....	86
6. I capisaldi della sentenza. La condizione necessaria come - <i>minimum</i> - assoluto per l'imputazione.....	88
6.1. <i>Segue</i> <<L'integrazione del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche>>.....	89
6.2. <i>Segue</i> << Il ripudio dell'aumento del rischio>>.....	91
6.3. <i>Segue</i> <<Il ragionevole dubbio>>.....	93
7. La svolta operata dalla Cassazione: Il metodo e l'oltre il ragionevole dubbio.....	97
8. Dopo la sentenza Franzese, si riapre il dibattito sulle c.d. leggi scientifiche di copertura.....	101

CAPITOLO TERZO : Causalità, diritto penale e tutele alternative

1. Attualità dell'utilizzo del termine causa.....	104
2. Il raggiunto equilibrio tra diritto e medicina nell'utilizzo del nesso causale. L'abbandono dell'aumento del rischio e della causa idonea.....	106
2.1. La causalità omissiva e la sua dimostrazione.....	108
3. Le tutele alternative.....	110
4. Il rapporto di causalità tra tutela delle vittime e diritti dell'imputato in medicina legale.....	110
5. Il progetto di riforma.....	112
6. Il fondamentale ruolo della Cassazione.....	116
6.1. <i>Segue << Verso una riforma complessiva>></i>	120
<u>BIBLIOGRAFIA:</u>	121