

L'ODIERNO "STATUTO CAUSALE" DELLA
RESPONSABILITÀ DEL MEDICO IN AMBITO
PENALE: UN QUADRO PROBLEMATICO DI
SINTESI



in disCrimen dal 15.12.2022

Gianfranco Martiello

SOMMARIO 1. La problematica declinazione della causalità quale criterio ascrittivo nella «Parte generale». — 2. La causalità penale in ambito medico: gli aspetti di specifico interesse e le altre questioni sottintese. — 3. Il c.d. «paradigma Francese». — 4. La struttura dei reati omissivi impropri quale premessa alle criticità della loro ascrizione causale. — 5. Tre questioni problematiche nell'accertamento della causalità omissiva in ambito medico. — 5.1. La questione della complessità causale e della pluralità dei saperi scientifici prospettabili al giudice. — 5.2. La questione della perdita di "chances dimostrative" dell'influenza di fattori causali alternativi. — 5.3. La questione della evanescenza del concetto di probabilità logico-razionale di esistenza del nesso causale. — 6. Causalità omissiva, «casualità della colpa» e misura oggettiva di quest'ultima: tra fisiologiche assonanze e rischi di "ter in idem contra reum"? — 7. Una breve chiusa.

1. La problematica declinazione della causalità quale criterio ascrittivo nella «Parte generale»

Quello della causalità in veste di paradigma ascrittivo rappresenta un tema notoriamente problematico già a prescindere dai precisi ambiti della responsabilità penale – attività medica, produzione di beni, infortuni sul lavoro, ecc. – nei quali esso viene poi operativamente calato. D'altra parte, questi ultimi, vuoi per specificità empiriche, vuoi per normative *ad hoc*, spesso colorano con sfumature cromatiche diverse le più generali questioni relative alla definizione ed all'accertamento di quel nesso tra condotta ed evento che la legge richiede per l'imputazione penale del fatto ad un soggetto.

Nel dubbio di indugiare sull'ovvio, basterà qui allora solo ricordare come, se da un canto sia opinione pacifica che il comma 1 dell'art. 41 c.p. abbia recepito, almeno quale paradigma causale di riferimento, la teoria della *condicio sine qua non*, dall'altro, però, è altrettanto noto come, attraverso l'ambiguo disposto del comma 2 della medesima disposizione, siano comunque riusciti a permeare nel sistema criteri causali "correttivi" di varia natura, espressione di modelli ascrittivi diversi da quello condizionalistico. Si pensi, ad esempio, al successo riscosso, specie in giurisprudenza,

dalla teoria della c.d. «causalità umana»¹, spesso utilizzata per individuare i fattori eziologici “eccezionali” ai quali alluderebbe implicitamente il predetto art. 41, comma 2, c.p.², ovvero alla diffusione – esplicita in dottrina e sotterranea in certa pratica giudiziaria – del paradigma ascrittivo dell’aumento/mancata diminuzione del rischio³. D’altra parte, ben nota è la “frantumazione” che, nel nostro sistema, ha subito il concetto di causalità, che verrebbe ad assumere fisionomie diverse nel reato commissivo piuttosto che in quello omissivo, ove acquisirebbe natura normativa e doppiamente ipotetica (v. *infra*), nel reato doloso piuttosto che in quello colposo, ove andrebbe infatti distinta la «causalità [materiale] della condotta» dalla «causalità [normativa] della colpa» (v. *infra*), nell’imputazione dell’evento piuttosto che in quella della condotta materialmente concorsuale, per la cui identificazione si utilizza da tempo il criterio della c.d. «causalità agevolatrice», che come noto non ha natura propriamente condizionalistica⁴; e tutto ciò senza qui volere neanche sfiorare gli infiniti problemi sollevati dalla c.d. «causalità psichica», da sempre punto di emersione delle criticità del paradigma causale incentrato sulla sussunzione sotto leggi scientifiche generalizzanti⁵.

Ma, come sempre accade, dietro a questioni particolarmente dibattute come è quella della definizione di ciò che deve considerarsi “causa” di un certo accadimento non vi è soltanto la maggiore o minore ambiguità di questo o di quell’altro riferimento normativo. Invero, il più delle volte quest’ultimo funge, casomai, da punto di emersione di contrapposizioni che affondano le proprie radici assai più in profondità nel sistema, sino a lambire le diverse concezioni culturali, metodologiche e finanche ideologiche del diritto penale che si agitano al suo fondo: ed il tema del nesso eziolo-

¹ Cfr. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, spec. p. 178 ss.

² Al riguardo, con numerosi rinvii alla dottrina ed alla giurisprudenza, v. F. D’ALESSANDRO, *Artt. 40-41*, in Aa.Vv., *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, V^a ed., tomo 1, Milano, 2021, p. 583 ss.

³ Il riferimento è, chiaramente, alle teorie riferibili alla c.d. «imputazione oggettiva dell’evento», sulle quali v. per tutti, in Italia, A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 779 ss., M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 635 ss., nonché, con attenzione anche alla prassi applicativa, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, pp. 151 ss. e 211 ss.

⁴ Per un aggiornato quadro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia, e per una presa di posizione a favore della causalità agevolatrice, v. da ultimo F. RINALDINI, *Art. 110*, in Aa. Vv., *Codice penale commentato*, cit., p. 1769 ss.

⁵ Su tale peculiarità, v. per tutti L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007 (ora disponibile su www.discrimen.it), spec. p. 73 ss., e già in precedenza, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II^a ed., Milano, 2000, p. 102 ss.

gico non sembra fare per l'appunto eccezione. Ripercorrendo, difatti, lo storico susseguirsi delle diverse ricostruzioni del nesso causale che si sono nel tempo avvicinate – e tanto più, come si dirà, proprio nell'ambito della responsabilità medica – non è difficile riconoscere come esse, a ben vedere, altro non rappresentino se non il traslato di approcci metodologici alla definizione degli istituti penalistici e di modi di intendere l'essenza disvaloriale del reato profondamente diversi tra loro.

Quanto, segnatamente, al primo aspetto, si indulge forse sul notorio ricordando come l'odierna affermazione del metodo di spiegazione causale nomologico-deduttivo non si sia realizzata *ex abrupto* ma costituisca l'esito di un tormentato «*Methodenstreit*», che ha visto lungamente contrapporsi un metodo ricostruttivo degli istituti giuridici prettamente normativo (verrebbe da dire “autarchico”), e quindi aduso a *fictiones* giuridiche e deleghe al libero – ed imperscrutabile – apprezzamento del giudice, ed uno invece “scienziista”, per così dire, aperto al contributo conoscitivo che al giudice possono offrire scienze diverse da quelle giuridiche: disputa sul metodo, questa, che ha visto infine prevalere, almeno nell'ambito della causalità, proprio quest'ultimo fronte⁶. Quanto al secondo degli aspetti poc'anzi segnalati, forse nessuna meraviglia desterà l'affermazione che, ad animare quelle ricostruzioni del nesso eziologico caratterizzate da un vistoso abbassamento del *quantum* di probabilità richiesto alla legge frequentista assunta a spiegazione causale (v. *infra*), sia stata la percezione che, in certi casi, il disvalore del fatto avvertito dal giudice risiedesse anzitutto nel contegno del reo, perché ad esempio crassamente negligente: contegno, questo, che il magistrato riteneva già di per sé meritevole di pena, a prescindere dalle difficoltà probatorie che presentasse la dimostrazione scientifica del nesso causale con l'evento infausto. Ma se così è, non è difficile comprendere come la tendenza ad ascrivere comunque quest'ultimo a condotte contrassegnate da un alto grado di colpa, rinunciando – per timore di non poterla esaustivamente fornire – alla rigorosa prova del nesso eziologico, altro non significa, di fatto, se non ritenere prevalente lo «*Handlungsunwert*» sullo «*Erfolgsunwert*»⁷, e quindi mutare non di poco il “senso” dell'imputazione al soggetto del reato di evento.

⁶ In dottrina, per una chiara distinzione tra «scienza empirica» e «scienza giuridica penalistica» e la presa d'atto dell'irrompere della prima nel processo penale, particolarmente in materia di ricostruzione del nesso causale ed accertamento dell'imputabilità, v. per tutti R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (15.2.2018), p. 3 ss.

⁷ Sul punto, v. chiaramente M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, p. 98 ss., ma già in precedenza, ad esempio, I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 366.

2. La causalità penale in ambito medico: gli aspetti di specifico interesse e le altre questioni sottintese

È, quindi, in tale complessa cornice di «Parte generale» che, necessariamente, lo specifico problema causale posto da molti dei casi di responsabilità medica viene a collocarsi. Naturalmente, ciò non significa che tutte le questioni di ordine causale poco sopra richiamate si ripropongano ineluttabilmente ogniqualvolta si tratti di ascrivere un reato di evento ad un sanitario, ma ciò non toglie che, in tale ambito, ne affiorino comunque di numerose e rilevanti. In questa sede, ci si limiterà tuttavia ad orientare il discorso in due principali direzioni. E segnatamente:

- a) da un canto, ed adottando un campo largo di osservazione, si cercherà di riassumere le cadenze del “ragionamento causale” che la giurisprudenza oggi maggioritaria normalmente adotta ove venga chiamata a pronunciarsi sull’ascrizione di un reato d’evento al sanitario che lo abbia commesso nell’espletamento delle proprie mansioni;
- b) dall’altro, e concentrando maggiormente lo sguardo, si soffermerà l’attenzione su alcune delle criticità che siffatto “modello cognitivo” sembra avere evidenziato nella teoria e nella prassi applicativa.

Prima di proseguire oltre, tuttavia, risulta opportuno esplicitare le premesse dalle quali deve muovere un discorso che sarà giocoforza circoscritto. In tale prospettiva, occorre anzitutto precisare che la responsabilità penale del medico alla quale ci si riferisce è limitata a quella per i reati di lesioni personali o di omicidio colposi. Del resto, sono questi i capi di imputazione maggiormente ricorrenti nella pratica giudiziaria e causalmente più impegnativi per il giudice, quantunque l’esperienza dimostri come, nell’esercizio della propria attività, il sanitario ben possa commettere una serie assai più ampia di reati, specie nell’ambito di strutture pubbliche⁸. Inoltre, non si indugierà qui né sulla delicata questione – sebbene, come detto, di natura largamente causale, in quanto concorsuale – del riparto della responsabilità penale nel caso di atti medici compiuti in *équipe*⁹, né sui diversi adattamenti che l’ascrizione dell’addebito penale subisce di fatto in considerazione del tipo di attività che viene

⁸ Per uno sguardo in tale direzione, v. da ultimo Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, a cura di P. Picciali, Milano, 2021, e segnatamente i contributi di A. COSTANZO, *La corruzione (in senso lato) e i falsi dei sanitari*, p. 501 ss., di A. CORBO, *Reati di rifiuto di atti d’ufficio e di omissione di referto*, p. 541 ss., e nuovamente di A. COSTANZO, *L’esercizio abusivo delle professioni sanitarie*, p. 605 ss.

⁹ Sull’argomento, v. di recente A. MONTAGNI, *Operatività in équipe e responsabilità del sanitario: unità e pluralità di garanti*, in Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, cit., p. 199 ss. ed A. MACRILLÒ, *La responsabilità penale del medico*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 143 ss.

in rilievo (si pensi al caso della medicina psichiatrica)¹⁰, ed al contesto fattuale ove essa risulta prestata (è il caso, ad esempio, della medicina di pronto soccorso), che a ben vedere rilevano in genere non tanto in punto di causalità ma, casomai, sul versante della colpevolezza¹¹.

Il *target* di riferimento del discorso sarà precipuamente, in conclusione, l'addebito in termini causali ad un singolo e non meglio specificato "sanitario" della responsabilità penale per avere colposamente procurato al paziente lesioni personali, la morte o l'anticipazione di quest'ultima a causa dell'omessa cura o diagnosi di una certa patologia: situazione, questa, che del resto, trova ampio spazio nei repertori di giurisprudenza e negli studi della dottrina.

Tuttavia, anche volendo limitare l'attenzione alla "situazione paradigmatica" poc'anzi descritta, non si potrebbe sfuggire dall'affrontare quanto meno due questioni che, a ben vedere, risultano logicamente pregiudiziali all'analisi del problema eziologico che si intende esplorare, ed alle quali, perciò, conviene fare almeno un cenno.

In primo luogo, infatti, la formulazione di un capo di imputazione che richiami il sanitario alle proprie responsabilità penali per *non* avere correttamente diagnosticato una certa patologia o per *non* avere intrapreso la corretta strategia di cura, e quindi avere cagionato poi l'evento infausto, sottintende l'avvenuta ricostruzione della condotta addebitata in termini di omissione e non di azione, il che, a sua volta, presuppone un sicuro criterio per la loro discriminazione. A ben vedere, anzi, è proprio nell'ambito dell'attività sanitaria che si pongono i più rilevanti problemi pratici di discriminazione, se è vero che da tempo la dottrina prospetta come paradigmatiche ipotesi di confine tra l'*agere* e l'*omittere* quelle del comportamento impeditivo di azioni altrui di salvataggio, del recesso da una azione di soccorso inizialmente intrapresa e – per l'appunto – del medico che spenga la macchina che mantiene in vita il paziente¹². Proprio tale ultima ipotesi fa comprendere come la soluzione del proble-

¹⁰ Per i rilevanti problemi eziologici coinvolti, posto che le relazioni causali da accertare risultano spesso "mediate" da un evento psichico, v. per tutti E. DI SALVO, *Nesso di causalità e responsabilità del sanitario*, in Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, cit., p. 37 ss.

¹¹ V. per tutti M. CAPUTO, *La responsabilità penale del medico di pronto soccorso*, in Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, cit., che a p. 335 ss. rileva come non casualmente la medicina di p.s. costituisca un settore in cui più di frequente la Suprema Corte tende oggi a riconoscere all'art. 2236 c.c. quanto meno il ruolo di norma evocativa di un «criterio di razionalità del giudizio», che impone al magistrato di tarare lo specifico addebito di imperizia sulle specificità del caso concreto, incluse perciò le condizioni operative di contesto nelle quali il medico ha operato.

¹² La questione dell'«intreccio simultaneo» di condotte attive ed omissive, teorizzata in particolare dalla dottrina tedesca, è ben conosciuta anche in Italia: v. per tutti M. ROMANO, *Commentario siste-*

ma *de quo* dipenda in larga misura dal punto di vista che si intende assumere nel risolverlo. Nel caso di specie, ad esempio, si è detto che pochi dubbi sussistano sulla componente naturalisticamente attiva del comportamento adottato dal sanitario (il premere il bottone che disattiva il dispositivo), ma che, tuttavia, esso potrebbe ugualmente considerarsi omissivo ove si guardasse al significato normativo-sociale del medesimo contegno, poiché disattivare la macchina che assicura il sostegno vitale al paziente altro non significherebbe se non interrompere la precedente terapia, e quindi, in fondo, *non* proseguirla¹³. Ed è proprio la prospettiva normativa, sebbene spesso filtrata da criteri anche molto dissimili e non di rado manipolabili (ad es.: il tipo di norma violata, se di «comando» o di «divieto»; l'aver introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi concretizzatosi piuttosto che non averne fronteggiato uno già in atto, ecc.), che sembra prevalere nella giurisprudenza, che tuttavia pure ammette la difficoltà di tracciare un confine chiaro tra causalità attiva ed omissiva, visto che spesso il medico non si limita all'inerzia ma realizza un comportamento diverso da quello dovuto¹⁴.

Naturalmente, il problema in discorso ha ragione di porsi nella misura in cui alle sue diverse soluzioni si riconnettano poi conseguenze giuridiche differenziate. A tale riguardo, va segnalato come all'*actio finium regundorum* in parola si riconosca anzitutto un rilievo processuale in punto di necessaria correlazione tra imputazione e sentenza, le quali, in caso di omissione, dovrebbero specificare – a pena di una nullità relativa – la condotta doverosa che il medico avrebbe omissivo¹⁵. Più controverso, invece, risulta il rilievo che alla medesima problematica viene riconosciuto sul terreno causale, posto che, come si dirà oltre, parti della dottrina e della giurisprudenza

matico del codice penale, vol. I, III^a ed., Milano, 2004, p. 314 ss.

¹³ Sul punto, v. F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Critica dir.*, 2003, p. 564 s., nonché, per ulteriori esemplificazioni, E. DI SALVO, *Nesso*, cit., p. 92 ss.

¹⁴ Per l'enunciazione di tali criteri normativo-discretivi e per l'ammissione della difficoltà di distinguere sempre chiaramente *facere* ed *omittere*, v. rispettivamente Cass. pen., sez. IV, 11.3.2008, Pozzi, Id., 10.1.2008, Brignoli, reperibili in massima in Aa.Vv., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2008)*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, P. Piccialli, P. Piras, Pisa, 2009, p. 37 s., Id., 15.11.2005, Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2792, con nota di G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, *ivi*, p. 2795 ss. In dottrina, v. L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 500; A. VALLINI, *Il problema della causalità*, in Aa.Vv., *medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa, 2009, p. 200; C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (12.12.2011); A. MASSARO, *Omissione e colpa*, in Aa.Vv., *Reato colposo*, serie "I tematici" dell'*Enc. dir.*, vol. II, diretto da M. Donini, Milano, 2021, p. 869 ss.

¹⁵ V. al riguardo, e con richiami di giurisprudenza, E. DI SALVO, *Nesso*, cit., p. 90.

convengono sulla sostanziale identità della causalità attiva ed omissiva, evidenziando come entrambe si accertino mediante un giudizio di natura contro-fattuale. Tuttavia, quanto di tale parificazione rifletta la percezione di una effettiva realtà normativa e strutturale dei fenomeni, e quanto, invece, faccia semplicemente di necessità virtù, prendendo atto dell'inestricabile compenetrazione che si realizza, almeno in certi casi, tra *agere* ed *omittere*, non è agevole da stabilire.

In secondo luogo, premesso che nella “situazione paradigmatica” della quale si è detto non è certo difficile scorgere la prospettata ascrizione al medico di un reato di lesioni personali o di omicidio (colposi) nella veste di fattispecie omissive improprie, è chiaro che il discorso non potrebbe prescindere dal riferimento alla c.d. «posizione di garanzia» che il sanitario dovrebbe avere assunto nei confronti del paziente. Tale situazione obbligatoria, come noto, costituisce infatti l'irrinunciabile presupposto giuridico per l'ascrizione ad un soggetto di tutti i reati costruiti dal giudice ricorrendo alla clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv c.p., dovendo tra l'altro la condotta omessa dal reo rientrare nel novero di quelle comprese nello spettro d'obbligo della «*Garantenstellung*»¹⁶. Tuttavia, proprio la natura esemplificata della “situazione-tipo” qui considerata consente di prescindere dalle problematiche connesse alla «posizione di garanzia», le quali, in effetti, raramente vengono in rilievo nei casi qui oggetto di attenzione¹⁷, per riemergere prepotentemente, invece, nelle ipotesi di attività medica in *équipe*, da intendersi sia in senso stretto che lato, e quindi comprensiva anche dei casi di successione diacronica dell'opera prestata da più sanitari¹⁸, ovvero laddove si discuta della responsabilità dello psichiatra per le condotte auto od etero-aggressive del paziente, non essendo infatti chiaro sino a dove si spinga il dovere di controllo del primo sul secondo¹⁹.

Ciò doverosamente premesso, non resta che entrare in *medias res*.

¹⁶ Al riguardo, per un quadro delle problematiche generali inerenti il riconoscimento delle fonti, la perimetrazione, le diverse tipologie ed il possibile trasferimento della posizione di garanzia, v. per tutti G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 184 ss. e F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 620 ss.

¹⁷ In ogni caso, per un quadro generale della posizione di garanzia rivestita dal medico, anche con riguardo alla pluralità delle figure di sanitario esistenti, v. per tutti E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in Aa.Vv., *Medicina e diritto penale*, cit., p. 115 ss.

¹⁸ Sulle questioni poste da tale modalità di esercizio dell'attività sanitaria, v. di recente, e con precipuo riguardo alle problematiche inerenti la posizione di garanzia, A. MONTAGNI, *Operatività in équipe*, cit., spec. p. 217 ss. ed A. MACRILLÒ, *La responsabilità*, cit., p. 145 ss.

¹⁹ Cfr. precipuamente G. DODARO, *La responsabilità penale dello psichiatra*, in Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, cit., p. 351 ss.

3. Il c.d. «paradigma Franzese»

Parlare oggi di causalità, ed ancora più di causalità in ambito medico, significa muovere giocoforza dalla notissima «sentenza Franzese»²⁰, alla quale viene ormai da tempo diffusamente accreditata l'avvenuta codificazione dello statuto epistemologico della causalità nel diritto penale, considerato anche le ininterrotte conferme di esso che provengono anzitutto dalla maggioritaria prassi applicativa, ma anche, pur con qualche distinguo, dalla dottrina.

Come noto, tale pronuncia trova origine nella necessità di giungere ad un ragionevole compromesso tra due opposti orientamenti interpretativi che erano nel tempo emersi in seno alla giurisprudenza di legittimità. Premesso che a partire – convenzionalmente, s'intende – dalla sentenza sul disastro di Stava anche la Suprema Corte aveva sposato il paradigma causale condizionalistico di tipo nomologico-deduttivo, il quale, come predicato da una ben nota dottrina, postulava la correzione della teoria della *condicio sine qua non* mediante il ricorso alle leggi scientifiche di copertura o alle massime di esperienza²¹, era successo che proprio in materia di responsabilità sanitaria per omesso impedimento dell'evento erano tuttavia sorti – anche qui semplificando – due diversi modi di filtrare l'ingresso, entro il giudizio causale, delle leggi scientifico-frequentiste di copertura.

Muovendo probabilmente dall'implicita convinzione, non estranea neanche alla dottrina, che la causalità omissiva rappresentasse una sorta di “variante debole” di quella attiva sotto il profilo del grado di attendibilità del suo processo di accertamento²², e dalla considerazione dell'importanza valoriale del bene-Vita, un primo indirizzo interpretativo aveva infatti sostenuto che il rapporto eziologico dovesse essere comunque affermato dal giudice anche laddove la legge scientifica disponibile stabilisse che la condotta doverosa omessa dal medico avrebbe evitato l'evento mortale

²⁰ Il riferimento è, precipuamente, a Cass. pen., SS.UU., 10.7.2002, Franzese, pubblicata e chiosata praticamente in ogni rivista penalistica del tempo, e che qui sarà sufficiente richiamare in *Foro it.*, 2002, II, c. 601, con le note di udienza del Procuratore generale ed il commento di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, *ivi*, c. 608 ss.

²¹ Si allude, chiaramente, a Cass. pen., sez. IV, 6.12.1990, Bonetti ed altri, in *Foro it.*, 1992, II, c. 36 ed a F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., spec. p. 67 ss.

²² E ciò – si è sostenuto – in ragione della sua natura non reale (*ex nihilo nihil fit*) ma puramente normativa, posto che il primo termine della relazione causale, ossia la condotta, nella realtà non si è manifestata ma viene solo prognosticamente ipotizzata dal giudice: cfr. G. FIANDACA, *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 126 s. (che ha ribadito la sua posizione anche dopo la «sentenza Franzese», in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VIII^a ed., Bologna, 2019, p. 643 s.), R. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., p. 296, e da ultimo, parrebbe, A. MACRILLÒ, *La responsabilità*, cit., p. 93.

con un coefficiente statistico decisamente inferiore a quello della certezza, che poi varie pronunce si impegnavano o a quantificare in termini percentuali²³, ovvero a declinare con formule più sfumate, pretendendo che la condotta colposamente omessa dal sanitario, se posta in essere, avesse salvato la vita al paziente, ad esempio, con «serie ed apprezzabili possibilità di successo», con «limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo», ovvero con «buone probabilità»²⁴. Muovendo forse dalla contraria idea, anch'essa sostenuta in dottrina, per la quale causalità attiva ed omissiva non presentano sostanziali differenze, o comunque diversità tali da incidere sul grado di spiegazione dell'evento²⁵, un'altra parte della giurisprudenza affermava che la condotta omessa potesse ritenersi causa dell'evento soltanto laddove la legge di copertura avesse consentito di stabilire che, in presenza dell'azione doverosa, il paziente si sarebbe salvato «con un coefficiente percentualistico vicino a cento», ovvero – il che è lo stesso – «con una probabilità vicina alla certezza», come del resto si affermava in materia di causalità attiva²⁶.

Come si diceva, a fronte di tali incertezze, tanto più maturate in seno alla medesima sezione della Corte di legittimità, le Sezioni Unite sono intervenute con la predetta «sentenza Franzese», la cui notorietà ne consente qui una sintetica ricapitolazione. Basterà infatti ricordare come, nel tentativo di conciliare le esigenze di maggiore certezza possibile proprie dell'imputazione penale ed il carattere quasi sempre probabilistico delle leggi scientifiche che regolano il campo della medicina, la Corte abbia articolato il giudizio di causalità in due distinti passaggi, che il giudicante dovrebbe in successione compiere. Ed invero, in una prima fase il magistrato è chiamato ad accertare la c.d. «causalità astratta o generale», ovvero a ricostruire il nesso causale secondo i canoni della *condicio sine qua non* scientificamente corretta, utilizzando, ove non disponibili leggi universali, anche le leggi statistiche, che quindi gli offriranno un astratto «coefficiente frequentista» di successione tra la condotta (compiuta od omessa)

²³ Ben nota è, quale esempio della punta rigorista raggiunta da tale orientamento, Cass. pen., sez. IV, 12.7.1991, Silvestri e Leone, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363, con nota di I. GIACONA, *Sull'accertamento*, cit., che si era accontentata del solo 30% di probabilità di sopravvivenza del paziente ipotizzando che il sanitario avesse compiuto la condotta invece colposamente omessa.

²⁴ Cfr., rispettivamente, Cass. pen., sez. IV, 2.4.1987, Zilotto, in *Cass. pen.*, 1989, 72, Id., 11.11.1994, Presta, *ivi*, 1996, p. 1442, nonché Id., 7.1.1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, II, c. 351, con nota di L. RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, *ibidem*.

²⁵ V. nuovamente F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 367 ss.

²⁶ In questo senso, v. Cass. pen., sez. IV, 28.9.2000, Baltrocchi, Id., 29.11.2000, Musto, nonché Id., 28.11.2000, Di Cintio, tutte in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 277 ss., con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, p. 289 ss.

e la verifica dell'evento; a seguito di tale procedimento, tuttavia, il giudice non potrà pervenire ad un giudizio causale definitivo, ma dovrà limitarsi a formulare una mera "ipotesi causale" *ex ante* (c.d. «causabilità» dell'evento). In una seconda fase – che costituisce la vera novità procedimentale introdotta dalla pronuncia – il giudice è difatti chiamato a verificare *ex post* la bontà dell'ipotesi causale astrattamente formulata in precedenza, calandola all'interno delle specificità del caso concreto, e quindi ad accertare l'esistenza della c.d. «causalità in concreto», o «individualizzata», facendo applicazione delle regole processuali di giudizio. Questo significa che egli dovrà valutare se, alla luce di tutti gli elementi caratterizzanti lo specifico e concreto fatto storico, l'esistenza del nesso causale prospettato in astratto dalla legge scientifica risulti corroborato con un «alto grado di probabilità logica», o «credibilità razionale» che dire si voglia, il che si traduce, precipuamente, nella necessità di un ulteriore giudizio teso a potere escludere «al di là di ogni ragionevole dubbio» l'interferenza di fattori causali «alternativi» nella produzione dell'evento.

In altre e conclusive parole, in presenza di una legge scientifica di tipo statistico, il giudizio causale rimane, sì, probabilistico-predittivo, ma ai fini del suo esito positivo la Corte richiede la sussistenza di una sorta di "doppia probabilità": la c.d. «probabilità statistica» che l'evento possa dirsi cagionato dalla condotta secondo quanto stabilito in astratto dalla legge statistica; e la «alta probabilità logico-razionale» che l'ipotesi causale formulata in astratto dalla legge scientifica trovi applicazione nel singolo caso concreto, considerati tutti i tratti specifici che questo assume nella realtà, il che si traduce, per il giudice, nella necessità, una volta prospettati, di escludere con certezza che altri fattori causali possano avere prodotto quello stesso evento. Affermano difatti espressamente le Sezioni Unite che «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 probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di 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"»²⁷.

Orbene, proprio perché è necessario che il giudice dimostri che l'ipotesi causale formulata in astratto dalla legge statistica risulti poi "logicamente credibile" alla

²⁷ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 10.7.2002, Franzese, cit., § 9.

luce di tutte le specificità fattuali del caso concreto, ben può accadere, come la stessa Corte ammette:

a) da un canto, che una legge statistica che in sé mostra un coefficiente statistico “alto”, si dimostri invece fallace una volta calata nella realtà del caso concreto. Si pensi, ad esempio, dell’esposizione ad amianto, che vanta un alto coefficiente frequentista rispetto alla verifica di un certo tipo di tumore ai polmoni, ma che tuttavia può essere sconfessata dal fatto provato che, in ipotesi, l’operaio deceduto fosse un accanito fumatore e che avesse precedenti di quello stesso tumore nella propria famiglia d’origine;

b) dall’altro, che una legge statistica che in sé espone un coefficiente frequentista “basso”, si dimostri invece persuasiva una volta ambientata nella realtà empirica del caso concreto. Si pensi, ad esempio, al contagio da HIV a seguito di un solo rapporto sessuale. La legge statistica mostra un basso coefficiente statistico di infezione in quelle specifiche circostanze (si parla di circa il 5%), ma ove si dimostrasse che il soggetto contagiato non ha avuto altre occasioni di contrarre la malattia se non da quell’unico rapporto sessuale- intrattenuto con il reo, non avendo avuto, in ipotesi, rapporti sessuali con altri soggetti infetti, trasfusioni o altri comportamenti a rischio di contagio, l’esistenza del nesso causale potrebbe essere comunque affermata.

4. La struttura dei reati omissivi impropri quale premessa alle criticità della loro ascrizione causale

Come già si accennava, il metodo di accertamento causale introdotto dalle Sezioni Unite si è ben radicato nella giurisprudenza²⁸, e non a torto è stato “celebrato” in alcune tappe fondamentali della sua ormai ventennale persistenza nel nostro ordinamento penale²⁹. Tuttavia, in quelle ed in altre occasioni la dottrina non ha man-

²⁸ Cfr. ad esempio Cass. pen., SS.UU., 24.4.2014, Espenhahn, in *Cass. pen.*, 2015, p. 426 ss. (v. spec. § 6 ss.), con nota di K. SUMMERER, *La pronuncia di legittimità sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, *ivi*, p. 490 ss., e più di recente, tra le tante, Id., sez. IV, 15.12.2021, n. 9705, *ivi*, 2022, p. 3010, Id., 16.9.2020, n. 28294, in *Guida dir.*, 2020, n. 46, p. 83. Per un più ampio quadro della giurisprudenza conforme, v. F. D’ALESSANDRO, *Artt. 40-41*, cit., p. 537 ed A. MACRILLÒ, *La responsabilità*, cit., p. 97 ss.

²⁹ V. ad esempio F. D’ALESSANDRO, *La spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.; F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 3, p. 380 ss.; C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent’anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigi-*

cato di segnalare le debolezze che un tale paradigma mostra – forse paradossalmente – nello spiegare il nesso tra condotta ed evento proprio nel contesto della responsabilità medica per mancato impedimento dell’evento. Di siffatte criticità, alcune erano ben note da tempo, riguardando esse la stessa costruzione teorica del modello nomologico-deduttivo di causalità omissiva, mentre altre sono affiorate soltanto dalla concreta prassi applicativa; talune, poi, attengono alla dimensione sostanziale dell’istituto della causalità, mentre talaltre emergono invece nel confronto con le regole proprie dell’epistemologia processuale; di alcune, infine, la stessa giurisprudenza ha cercato, nel tempo, di farsi carico. Come già si sarà compreso, si tratta, quindi, di una non breve teoria di punti critici, della quale si potrà qui dare conto soltanto in modo esemplificativo.

Prima di procedere oltre, tuttavia, sembra opportuno riepilogare brevemente le peculiarità strutturali della causalità omissiva, non fosse altro perché alcune delle criticità in questione si riconnettono proprio a queste ultime. Ma ciò non prima di avere formulato una avvertenza. Occorre infatti preliminarmente mettere in guardia dal ritenere che siffatte specificità giustifichino attese di flessibilizzazione della regola di giudizio causale, le quali risulterebbero oggi frustrate sia dal *dictum* delle Sezioni Unite, sia dalla c.d. «*B.A.R.D. rule*» codificata dall’art. 533, comma 1, c.p.p.³⁰: ed è in questo (limitato) senso che parrebbe doversi intendere quella giurisprudenza secondo la quale l’accertamento e la verifica del nesso di causalità nei reati tanto commissivi quanto omissivi d’evento devono essere «sottoposti a regole identiche»³¹ (*id est*: al medesimo paradigma causale della «sentenza Franzese»). Ciò peraltro non significa – si badi – che la specifica fisionomia che il nesso eziologico assume nell’una e nell’altra categoria di fattispecie in questione sia del tutto coincidente, come già chiaramente dimostra la circostanza che, nel caso dei reati d’azione, il giudizio controfattuale consiste nella «eliminazione mentale» della condotta materialmente compiuta dall’agente, mentre in quelli d’omissione impropria esso richiama il giudice alla

ni in epoca di pandemia, in www.sistemapenale.it (9.2.2022); G. CANZIO, *A vent’anni dalla sentenza “Franzese”*, *ivi* (12.9.2022).

³⁰ Anche chi in dottrina, come appresso si dirà, riconosce infatti le differenze strutturali tra causalità attiva ed omissiva concorda poi nel ritenere inaccettabile l’accontentarsi nell’una di un grado di certezza inferiore di verificabilità o meno dell’evento rispetto a quanto richiesto nell’altra: v. ad esempio G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 396 s., M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 376 s., nonché F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi* (2005), ora in Id., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, pp. 434 ss. e 438.

³¹ In questo senso, ad esempio, v. Cass. pen., sez. IV, 14.11.2008, Calzini, in Aa.Vv., *Il diritto penale della medicina*, cit., p. 37 e Id. 15.11.2005, Fedele, cit.

«aggiunta mentale» del contegno doveroso nella realtà omissa dal reo. E riprove di tali differenze siano tanto l'empirica emersione di criticità proprie della sola causalità omissiva, delle quali si dirà, quanto il fatto che del reato omissivo improprio quale figura di «Parte generale» il codice parli segnatamente proprio in materia di causalità, specificando di intendere il collegamento tra evento ed inadempimento dell'obbligo giuridico di impedirlo in termini di normativa «equivalenza» rispetto al nesso reale che avvince azione ed evento (art. 40, comma 2, c.p.).

In effetti, pare difficile revocare in dubbio che, mentre nel reato commissivo di evento la causalità risulta a «decorso reale», in quanto nel mondo della realtà una condotta in effetti è stata materialmente realizzata ed un evento si è obbiettivamente verificato, sì che nasce una relazione tra entità reali riscontrabili nel mondo esterno, in quello omissivo improprio essa appare a «decorso ipotetico», e questo perché, pur sussistendo un evento reale, una condotta materiale non è stata mai realizzata nella realtà, dato che il reo l'ha appunto omissa. È infatti l'ordinamento giuridico a collegare normativamente l'evento all'omissione, chiedendo al giudice anzitutto di "ipotizzare" che il soggetto abbia compiuto l'azione doverosa, e poi di "congetturare" circa cosa ne sarebbe conseguentemente stato dell'evento, e cioè se esso si sarebbe o meno verificato ugualmente. Dal punto di vista naturalistico, infatti, se ad esempio un paziente muore di tetano, e risulta poi che il medico non gli aveva somministrato per tempo la necessaria cura antitetanica, la causa biologico-materiale dell'evento infuato rimane il decorso di tale patologia, che andrà da subito accertato con l'ausilio delle leggi scientifiche disponibili³². È solo ai fini dell'imputazione penale, quindi,

³² La struttura bifasica del processo di accertamento della causalità omissiva – che si articolerebbe in un primo giudizio nomologico-deduttivo, chiamato a dimostrare il decorso causale materiale che ha portato all'evento storicamente verificatosi, ed un secondo giudizio stocastico-disposizionale, chiamato invece a dare conto dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa ma nella realtà omissa – è ben nota in dottrina e giurisprudenza, che difatti evidenziano la necessità che il giudice, anzitutto, accerti la causalità materiale dell'evento: v., tra i numerosi, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 843 ss., P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1975 ss. ed A. VALLINI, *Il problema*, cit., p. 193 ss., nonché Cass. pen., sez. IV, 16.9.2020, n. 28294, cit.

Al di là dell'esempio "di scuola" proposto nel testo, v. il caso affrontato da Cass. pen., sez. IV, 25.5.2005, Lucarelli, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2393 e poi *ivi*, p. 3219, con nota di R. BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, che ha assolto il primario di un reparto ospedaliero – imputato per non avere adeguatamente vigilato sul rispetto delle procedure e sugli strumenti utilizzati nei prelievi ematici – nel quale era dilagata un'infezione di epatite fulminante, in quanto, anzitutto, non era stata per l'appunto raggiunta né la prova dei vari anelli causali che avevano portato alla diffusione dell'infezione nel reparto, né la prova "in negativo" di un'ipotesi causale alternativa

che l'ordinamento si chiede ulteriormente se il paziente sarebbe o meno lo stesso deceduto ove il medico gli avesse invece somministrato il siero. Ma è proprio nell'osservare più da vicino il giudizio che dovrebbe rispondere a tale domanda che ci si avvede che la causalità omissiva – e questo è forse il vero *punctum pruriens* – ha natura “doppiamente ipotetica”, perché non solo il giudice dovrà anzitutto sforzarsi di immaginare quale sarebbe stata la condotta che il reo avrebbe dovuto porre in essere, e che non ha mai realizzato, ma, viepiù, egli dovrà anche poi immaginare – ed ecco la seconda congettura – l'efficacia impeditiva della condotta doverosa rispetto all'evento, ma, ancora un volta, ambientandola in un contesto immaginario e non reale con tutte le sue eventuali specificità concrete³³.

Ecco perché, in conclusione, si suole spesso affermare che il giudizio causale commissivo è «esplicativo», in quanto spiega ciò che nei fatti è successo, mentre quello causale omissivo è «prognostico», e cioè si limita ad ipotizzare cosa sarebbe successo se Tizio, invece di omettere un certo contegno, l'avesse tenuto³⁴.

5. Tre questioni problematiche dell'accertamento della causalità omissiva in materia di responsabilità medica

La peculiare struttura causale dei reati omissivi impropri deve essere tenuta presente ove si voglia comprendere i limiti ai quali, in siffatto contesto, il «modello Francese» di accertamento del nesso eziologico sembra andare incontro³⁵, anche se – ed apparirà a breve chiaro – non tutti dipendono da essa. Come si avvertiva, di siffat-

causale che era stata avanzata, ossia quella del sabotaggio.

³³ Per una chiara illustrazione delle specificità e problematicità del decorso causale nei reati omissivi impropri, v. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 136 e 385 ss., C.E. PALIERO, *La causalità*, cit., p. 821 ss., F. MANTOVANI, *Causalità*, cit., p. 433 ss., R. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., p. 249 ss., e riassuntivamente, K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, Pisa, 2014, p. 119 ss., ora liberamente disponibile su www.discrimen.it. Nella manualistica, v. per tutti, con la consueta efficacia, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI^a ed., Milano, 2017, p. 161 ss.

³⁴ Per tutti, in questi termini, v. F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in Aa.Vv., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, pp. 223 e 226 s.

³⁵ Lo ammette implicitamente anche il relatore della stessa sentenza, che, pur difendendo la scelta di confermare la bontà del modello condizionalistico e nomologico-deduttivo di causalità rispetto a quello dell'aumento del rischio, precisa come tale pronuncia non debba tuttavia diventare una «gabbia della ragione» rispetto a successive evoluzioni, riconoscendo la complessità dell'accertamento causale in molti settori, a partire da quello dei reati omissivi impropri: v. G. CANZIO, *A vent'anni*, cit., p. 9 ss.

te criticità, del resto esplorate a fondo dalla dottrina³⁶, appare qui sufficiente fornire un campione rappresentativo, che si è ritenuto qui di comporre prospettando le seguenti tre questioni.

5.1 – *La questione della complessità causale e della pluralità dei saperi scientifici prospettabili al giudice*

Come ricordato, nei casi di causalità omissiva rispetto, poniamo, ad un evento mortale, il giudice dovrà anzitutto stabilire la causa materiale della morte, ossia accertare, con l'ausilio di una legge scientifica di copertura, che il paziente è deceduto a seguito di quella stessa patologia la cui mancata diagnosi od impropria cura si intende addebitare al sanitario. Soltanto dopo, infatti, il magistrato potrà chiedersi – sempre con il conforto di una legge scientifica di copertura – se tale evento si sarebbe potuto evitare se il medico avesse diligentemente agito: ed è proprio questa, come si diceva, la fase più connotativa del giudizio di accertamento della causalità omissiva. Ma se così è, non è allora peregrino affermare che, nei casi di responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento, anzitutto risulti “duplicato” un problema che, a ben vedere, è comune ad ogni accertamento causale, sia esso relativo ad un reato d'azione che di omissione, ossia quello di reperire una convincente legge scientifica di spiegazione del nesso condotta-evento. Ma è proprio a questo punto che emerge una prima quanto evidente specificità del contesto in cui il giudice è chiamato qui ad operare.

In proposito, sia qui sufficiente riproporre una constatazione empirica probabilmente nota ai più, ossia quella che la medicina costituisce uno dei comparti del sapere scientifico nei quali più di frequente la spiegazione delle dinamiche fenomeniche riveste, per *deficit* cognitivo di tutti i fattori causali coinvolti, natura del tutto congetturale, o comunque tutt'altro che prossima alla certezza. Da tempo, in effetti, anche la dot-

³⁶ Nell'ambito di un'ormai vastissima letteratura nata sull'onda della sentenza in questione, v. tra gli altri, quanto ai profili critici richiamati nel testo, F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 788 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, *ivi*, 2002, p. 1231 ss.; F. GENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2135 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso*, cit., pp. 1989 ss. e 1999 s.; L. MASERA, *Il modello*, cit., p. 497 ss.; O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2182 ss.; G. FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Aa.Vv., Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 179 ss.; A. VALLINI, *Il problema*, cit., p. 191 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La spiegazione*, cit., p. 336 ss.; K. SUMMERER, *Causalità*, cit., p. 389 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 218 ss.; C. CONTI, *La prova*, cit., p. 4 ss.; E. DI SALVO, *Nesso*, cit., pp. 64 s. e 66 ss.

trina penalista ha preso atto di come la ricostruzione della genesi e delle dinamiche eziopatologiche non sempre si lasci sussumere nel tranquillizzante paradigma della c.d. «causalità lineare», che presuppone la possibilità di collegare la produzione dell'evento all'operare di uno o di pochi fattori causali ben individuabili, ma inclini verso quello della c.d. «causalità multipla e reticolare», che segnala la presenza di una interazione dinamica di più variabili causali che confondono causa ed effetto (si pensi all'attivazione delle difese dell'organismo in caso di tumori o alla predisposizione genetica agli stessi), sì che la relazione eziologica tra un certo fatto ed un dato evento diviene quasi impossibile da spiegare in modo individualizzante e deterministico, dovendosi così ripiegare su collegamenti di natura stocastica. D'altronde, non mancano casi ove il «collegamento» condotta-evento affiora solo da ricerche epidemiologiche, le quali, nel mettere in correlazione precipue classi di condotte con l'aumento del rischio di verificazione dell'evento in determinati campioni di popolazione, sono perciò logicamente incapaci di spiegare il caso singolo: un conto, difatti, è affermare che certi soggetti appartenenti alla categoria X, in quanto esposti alla sostanza Y, registrano un aumento della frequenza della malattia Z rispetto ad altre classi di soggetti; altro conto è affermare, invece, che nello specifico caso di Tizio, pur appartenente alla categoria X, la contrazione della malattia Z derivi causalmente dall'esposizione alla sostanza Y³⁷.

Il richiamo a tale consapevolezza serve qui, in particolare, ad evidenziarne un precipitato processuale che non può passare inosservato. Ed invero, è proprio in tali contesti di maggiore incertezza scientifica che il giudice si troverà più di frequente a doversi confrontare, nel processo, con una «pluralità di saperi scientifico-causali» – introdotti dalle consulenze tecniche di parte e dalla perizia – tra i quali egli dovrà optare per quello ritenuto più «affidabile», motivando poi «adeguatamente e logicamente» la propria scelta nella motivazione della sentenza³⁸. Da qui, il non certo lieve problema, tipico – ma non solo – dei casi di responsabilità medica, della individuazione dei parametri in base ai quali il giudice dovrebbe valutare la scientificità dei contributi cognitivi sottoposti.

³⁷ Sulla medicina quale «regno del ragionamento incerto», come si usa dire, basti il rinvio, nell'amplessima letteratura anche solo penalistica, a G. IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 179, a C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 168 ss., a F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1280 s., e da ultimo ad E. DI SALVO, *Nesso*, cit., pp. 25 ss., 29 ss., 65 ss.

³⁸ In questo senso, v. *Cass. pen.*, sez. IV, 10.6.2010, Quagliarini, in *Foro it.*, 2012, II, c. 11, con nota di L. CALÒ, *Prova tecnico-scientifica e sindacato di legittimità: tra formule magiche e arte del motivare bene*, *ivi*, c. 77 ss.

Al riguardo, basterà qui segnalare come alcune indicazioni di metodo provengano anzitutto dalla filosofia epistemologica, che ha chiarito quali debbano essere i caratteri minimi che una teoria che voglia definirsi “scientifica” deve possedere, come ad esempio la sua generalità, la controllabilità e falsificabilità (popperiana) dei suoi risultati, la razionalità del metodo di sua elaborazione, il tasso di condivisione riscontrato entro la comunità scientifica di riferimento, ecc.³⁹ Tali indicazioni, del resto, trovano conferma anche nella giurisprudenza. Premesso che, pur non potendo entrare nel merito della legge scientifica prescelta dal giudice di merito, la Corte di Cassazione può tuttavia apprezzare se quest’ultimo abbia accertato «in modo corretto e critico l’attendibilità delle informazioni scientifiche impiegate ai fini della spiegazione del fatto e ne abbia dato adeguatamente conto attraverso l’*iter* argomentativo seguito»⁴⁰, la stessa giurisprudenza di legittimità ha difatti individuato alcuni caratteristiche che la legge scientifica adottabile dal giudice dovrebbe avere in modo da garantire la suddetta «affidabilità» dei propri risultati. Così, ad esempio, è stato affermato che una legge scientifica (universale) è tale soltanto «dopo essere stata sottoposta a ripetuti, superati tentativi di falsificazione, dopo avere avuto ripetute conferme, donde, appunto “l’alto grado di conferma” che la contraddistingue e donde la “fiducia” che non può non esserle riservata»⁴¹, ovvero che, di fronte ad una pluralità di leggi scientifiche di spiegazione causale di un certo evento prospettategli nel processo, il giudice deve scegliere avendo riguardo «agli studi che sorreggono la tesi prescelta, alle basi fattuali sui quali essi sono condotti, all’ampiezza, rigore e oggettività della ricerca, all’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica, al grado di consenso che la tesi raccoglie nell’ambito scientifico, all’autorità indiscussa e all’indipendenza del soggetto che ha gestito la ricerca»⁴².

5.2 – *La questione della perdita di “chances dimostrative” dell’influenza di fattori causali alternativi*

Come si ricordava poc’anzi, accertata la eziologia materiale che ha prodotto l’evento storico, nella seconda fase del giudizio di causalità omissiva il giudice è chia-

³⁹ Per un utile quadro in materia, v. E. DI SALVO, *Nesso*, cit., p. 48 ss.

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 17.9.2010, Cozzini, in *Foro it.*, 2012, II, c. 10, con nota di L. CALÒ, *Prova*, cit., c. 77 ss.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 25.11.2004, Nobili, in *Cass. pen.*, 2006, spec. p. 2131, con nota di F. CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 2133 ss.

⁴² Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14.3.2012, Campelli e altri, in *Foro it.*, 2012, II, c. 537.

mato a verificare in via ipotetica, ma sempre con il conforto delle leggi scientifiche o massime di esperienza, se l'evento si sarebbe o meno ugualmente verificato nonostante l'astratta inserzione nel processo causale della condotta doverosa omessa dal medico. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, come si diceva, anche tale nesso (ipotetico) tra la condotta omessa e l'evento deve essere considerato nell'ambito della specifica e concreta situazione fattuale nella quale quest'ultimo si è materialmente verificato, dovendo poi il giudice affermare *ex post* l'esistenza del rapporto causale in discorso soltanto in presenza di un'alta probabilità logico-razionale di esito salvifico del comportamento invece omesso, così che, ad esempio, non risponderebbe della morte del pericolante quel bagnino che avesse omesso di tuffarsi in acqua per il dovuto soccorso ove risultasse che il bagnante si trovava ad una distanza tale dalla riva che il bagnino non sarebbe mai potuto arrivare in tempo utile, o laddove venisse accertato che il bagnante fosse morto quasi subito dopo avere lanciato l'allarme per un infarto fulminante. Tuttavia, è proprio in questa fase dell'accertamento eziologico che emerge una criticità che parrebbe dimostrare come il «metodo Franzese» non risulti *ivi* pienamente praticabile, rendendo di fatto il riscontro della causalità omissiva meno garantista di quello che assevera, invece, la sussistenza di quella attiva.

In particolare, il riferimento è alla possibilità di potere effettivamente escludere, rispetto ad una condotta mai realmente attuata, l'incidenza di fattori causali alternativi rispetto all'ipotesi eziologica prospettata *ex ante*, che pure le Sezioni Unite ritengono essenziale affinché il giudice possa *ex post* conclusivamente affermare la sussistenza del nesso eziologico "individualizzante" a seguito del richiesto giudizio di alta probabilità logico-razionale. Si è sostenuto, difatti, che un'effettiva considerazione dell'incidenza di decorsi causali alternativi può prospettarsi soltanto ove il fattore condizionante – e cioè la condotta umana – sia reale, quindi effettivamente realizzato nella realtà, e non già anche quando esso sia del tutto ipotetico, come invece qui accade, posto che il giudice si interroga sulla efficacia impeditiva di un'azione – quella omessa – che, per l'appunto, non si è mai concretizzata nel mondo delle cose. Così, ad esempio, nel caso in cui si imputi ad un medico l'omessa somministrazione di un certo farmaco ad un dato paziente, poi deceduto, non si potrà mai sapere se, ad esempio, quest'ultimo fosse allergico al medicinale, e quindi se sarebbe morto per reazione anafilattica. Invero, la natura ipotetica della causalità omissiva fa sì, tutt'al più, che la concretizzazione *ex post* del nesso eziologico richiesta dalle Sezioni unite conduca – e proprio grazie alla considerazione delle specifiche caratteristiche della vicenda storica (ad es.: la constatazione della giovane età e/o della robusta costitu-

zione della vittima) – ad un innalzamento o ad un abbassamento del coefficiente frequentista di efficacia impeditiva della condotta omessa espresso *ex ante* dalla legge scientifica, ma il giudizio rimarrà comunque, nella sostanza, ipotetico-statistico.

D'altronde, e più in generale, non si può non ammettere come, da un punto di vista logico, sia possibile escludere l'incidenza di fattori causali alternativi nella produzione di un certo evento soltanto nella misura in cui la scienza conosca la totalità degli stessi, sì che, in un caso concreto, si possa raggiungere almeno la "prova per esclusione" che uno di essi è intervenuto nel processo eziologico in quanto sia possibile escludere con certezza la ricorrenza di tutti gli altri. Ma così non sempre è, soprattutto nel campo incerto della medicina. Si prenda, ad esempio, il caso del collegamento causale tra l'esposizione a cloruro di vinile monomero (CVM) e l'angiosarcoma epatico, che gli studi scientifici accreditano essere statisticamente molto basso. Volendo sopperire a tale scarsa ricorrenza frequentista con la suddetta "prova per esclusione" ci si troverebbe tuttavia di fronte ad una *impasse*, poiché i medesimi studi, se da un lato hanno individuato tre soli possibili antecedenti del tumore in discorso, tra i quali la forte esposizione al CVM, dall'altro, però, hanno ammesso che l'insieme di siffatti tre fattori di rischio riesce a spiegare soltanto il 20% dei casi di angiosarcoma epatico censiti. Ciò significa, evidentemente, che anche se fosse possibile nel caso concreto escludere la ricorrenza dei due decorsi causali diversi da quello innescato dal CVM, non per questo si potrebbe affermare con sicurezza che è quest'ultimo la causa dell'evento, non essendo appunto note al giudice l'insieme di tutte le possibili eziologie di quest'ultimo.

Non è un caso, allora, che i tentativi dottrinali di superare questo limite del «metodo Franzese» abbiano cercato di recuperare la sua meritoria capacità individualizzante della causalità, che ne costituisce l'anima garantista, non già battendo la strada della prova negativa dei decorsi causali alternativi, che pure le stesse Sezioni Unite avevano indicato, bensì introducendo nel ragionamento eziologico elementi della teoria dell'aumento del rischio, e segnatamente ritenendo che il livello di credibilità logico-razionale della spiegazione causale aumenti tanto più laddove incrementi il «nesso di illiceità» tra la situazione di rischio effettivamente esistente e la condotta dovuta, e diminuisca nel caso opposto⁴³.

⁴³ Cfr. R. BARTOLI, *Causalità*, cit., p. 3227 ss., secondo cui, perciò, l'efficacia impeditiva della condotta omessa sarebbe da escludere ove mancasse nella condotta omessa la concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava invece a prevenire, come nel caso di efficacia altamente improbabile del comportamento dovuto, di sopravvenuta vetustà scientifica della regola cautelare al momento del giudizio, o di ammesso affidamento del reo sull'osservanza della regola cautelare da parte di

5.3 – La questione della evanescenza del concetto di probabilità logico-razionale di esistenza del nesso causale

Già si è detto come il riferimento alla «probabilità logica» rappresenti l'elemento forse più innovativo, almeno rispetto alla precedente giurisprudenza, introdotto nel ragionamento causale dalla «sentenza Franzese», il quale consentirebbe di individualizzare, rispetto allo specifico caso concreto e nel rispetto delle regole processuali della prova, l'esistenza del rapporto eziologico prospettato soltanto in via di generalizzazione dalla legge scientifica di copertura. Tuttavia, non è difficile accorgersi di come una siffatta, e pur necessaria, “concretizzazione” dell'imputazione causale sia stata conseguita dalle Sezioni Unite mediante il riconoscimento di un notevole margine di discrezionalità al giudice, il quale, dalla valutazione meramente *quantitativa* dell'evitabilità dell'evento espressa dalla legge statistica, viene chiamato ad una valutazione *qualitativa* del rapporto eziologico che gli consenta di “spiccare il salto”, per così dire, da un coefficiente meramente numerico-frequentista – che può essere anche basso – all'«alto grado di probabilità logica» che l'azione omessa, ove compiuta, avrebbe evitato l'evento. Si tratta, come ben si comprende, di una delega al libero convincimento del magistrato molto delicata, capace potenzialmente di involvere nel rinvio ad un aprioristico “intimo convincimento” del giudicante sganciato dalla necessità di reali riscontri. Ed invero, come è stato evidenziato dai cultori della filosofia della scienza, tale formula, sebbene utilizzata dalla «sentenza Franzese» con l'encomiabile intento di richiamare il giudice al rigore nel controllo del materiale probatorio e nella motivazione, si presta nei fatti al deleterio fenomeno del c.d. «mascheramento», con ciò intendendo lo «utilizzo di una formula sintetica, apparentemente dotata di una sorta di “pseudo” oggettività, [che] nasconde il vero criterio di giudizio che è solo il solito e vecchio intimo convincimento del giudice, troppe volte sospinto surrettiziamente verso l'arbitrio», e che, perciò, risulta «utile solo come giustificazione formale a posteriori»⁴⁴. E non è un caso, infatti, che le più attente ricerche compiute sulla giurisprudenza mostrino come alcune pronunce che pure utilizzano il lessico alla «sentenza Franzese», e che magari se ne dichiarano espressamente rispettose, abbiano mortificato nella sostanza il contenuto gnoseologico della stessa

altri soggetti. In questa prospettiva, v. anche, tra gli altri, G. FIANDACA, *Appunti*, cit., p. 182 e F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 219 ss.

⁴⁴ In questi termini, all'esito di un interessante riepilogo delle origini e delle diverse tipologie di «probabilità», inclusa quella «logica», G. BONIOLO, G. GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sist. pen.*, 2021, n. 10, p. 105. V. anche, sulle ineliminabili componenti soggettivo-valutative dell'accertamento causale, G. FIANDACA, *Appunti*, cit., p. 178.

proprio svuotando di contenuto il suddetto vaglio logico della probabilità frequentista, segnando così, a ben vedere, il ritorno a paradigmi ascrittivi puramente statistici, se non addirittura intuizionistici, con conseguenti tensioni con il principio di legalità e di personalità della responsabilità penale⁴⁵.

Come appare ovvio, il problema emerge in tutta la sua drammatica rilevanza nei casi ove il passaggio dalla probabilità statistica a quella logica esiti segnatamente in una conclusione sfavorevole al reo laddove la percentuale frequentista di efficacia impeditiva della condotta omessa, a lui addebitata, risultasse di bassa entità: ipotesi, quest'ultima, che non certo per caso le stesse Sezioni Unite ha ritenuto particolarmente bisognosa di «verifiche attente e puntuali» nella fase di individualizzazione del nesso causale. È difatti stato osservato come una regolarità statistica medio-bassa consente, al più, di asserire la mera *possibilità* che un certo antecedente sia condizione dell'evento lesivo, sì che riferire causalmente il secondo al primo vorrebbe dire, in sostanza, tornare al criterio del tutto a-scientifico del “*post hoc, ergo propter hoc*”, e perciò, sotto il profilo giuridico, porsi in irrimediabile tensione con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale. Se non ci inganniamo, calando il rilievo nel ragionamento bifasico introdotto dalla «sentenza Franzese» il sottaciuto è, sostanzialmente, che si nutrono forti dubbi sul fatto che, muovendo da una legge statistica a frequenza medio-bassa, il giudice possa poi razionalmente giustificare quel “salto” dalla probabilità statistica generalizzante alla probabilità logica individualizzante di cui si diceva, posto che la distanza prospettica tra le due sarebbe difficile da colmare, oltremis, fuori di metafora, ardua da argomentare «al di là di ogni ragionevole dubbio». Naturalmente, si tratterebbe allora poi di stabilire quando una ricorrenza statistica possa dirsi «bassa» o, ancora di più, «media», e, specialmente, da quale percentuale frequentista il giudice dovrebbe partire per avere poi la ragionevole possibilità di “correggerla” alla luce delle condizioni di contesto proprie dello specifico fatto storico.

6. Causalità omissiva, «casualità della colpa» e misura oggettiva di quest'ultima: tra fisiologiche assonanze e rischi di “*ter in idem contra reum*”?

Ma l'accertamento della responsabilità del sanitario per la “situazione paradigmatica” alla quale ci siamo sin dal principio riferiti presenta un'ultima insidia, alme-

⁴⁵ Cfr. difatti le indagini di F. STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali (Cass. Sez. IV pen.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 23 ss. e di F. D'ALESSANDRO, *Artt. 40-41*, cit., p. 537 s.

no nella prospettiva del difensore dell'imputato. Nota è, infatti, la propensione del reato omissivo improprio colposo a perturbare la rigorosa geometria concettuale della teoria generale del reato, tendendo nei fatti a confondere categorie che dovrebbero rimanere invece ben separate, come quelle del rapporto causale tra condotta ed evento, della condotta tipica colposa e del rapporto tra comportamento alternativo lecito e producibilità dell'evento (notoriamente – ma impropriamente – definito come «causalità della colpa»), che invece tenderebbero qui, appunto, ad una reciproca commistione.

Per vero, a prima vista potrebbe sembrare che il tema assuma un rilievo esclusivamente teorico, attenendo a tutta prima al solo “ordine degli oggetti nella stanza”, come si suole dire, e cioè al problema della collocazione dei diversi elementi costitutivi del reato entro le categorie sistematiche elaborate dalle diverse teorie generali del reato, che per molto tempo ha in effetti appassionato i cultori accademici del diritto penale. In realtà, occorre non dimenticare che la teoria c.d. «tripartita» del reato – oggi probabilmente la più accreditata, anche nella più diffusa manualistica – non svolge soltanto una funzione ordinante dei concetti, ma ambisce pure a riflettere una scansione logico-scalare dell'accertamento processuale, che ammette il giudice a salire sullo “scalino” gnoseologico successivo solo allorché egli ritenga che sia stata fornita piena prova del superamento di quello precedente, secondo un ordine cardinale che muove dagli elementi costitutivi del «fatto», transita da quelli dell'«antigiuridicità» e termina con quelli della «colpevolezza»⁴⁶: sequenza, questa, che a ben vedere trova un certo qual corrispondente nell'ordine delle formule assolutorie codificato dall'art. 530 c.p.p. Ma se così è, non risulta allora difficile comprendere come ogni semplificazione *de facto* degli elementi vi concettualmente il reato che tendesse ad emarginare, all'interno degli stessi, tratti contenutistici comuni – che naturalmente necessiterebbero di essere provati in giudizio una sola volta – rischia di semplificare non poco l'*onus probandi* a carico dell'accusa, con evidenti ripercussioni sulla posizione della difesa. Ed è proprio questo rischio a non risultare qui del tutto peregrino.

In primo luogo, difatti, si è detto che il giudizio contro-fattuale che accerta la sussistenza della causalità omissiva consiste nell'aggiungere mentalmente alla catena eziologica reale la condotta omessa dal reo, e quindi poi congetturare, sulla base di leggi scientifiche o massime d'esperienza, se l'evento *hic et nunc* si sarebbe o meno

⁴⁶ Sulle origini processuali quantomeno del tripartitismo belinghiano, v. per tutti A. GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, Padova, 1997, p. 77 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti di dottrina.

ugualmente prodotto. Ma *quale* condotta idealmente inserire in questa proiezione immaginaria? La risposta pare ovvia: quella che l'ordinamento richiede all' *homo eiusdem professionis et condicionis*, e cioè la condotta diligente. Ed infatti, non è un caso che proprio quella giurisprudenza che, come si ricordava, ritiene di potere equiparare per certi aspetti causalità attiva ed omissiva ha cura di evidenziare, tuttavia, come «nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero e verificarsi, con giudizio contro fattuale ipotetico, la causalità»⁴⁷. Orbene: data per acquisita la strutturazione della colpa secondo il paradigma della c.d. «doppia misura» (oggettiva e soggettiva), che vede in essa non solo una specifica forma di colpevolezza, ma prima ancora un precipuo modo di conformarsi del fatto tipico appunto colposo; ricordato che la misura «oggettiva» della colpa può sostanzialmente riassumersi nella necessità che la condotta intrapresa dal reo risulti in contrasto con il dovere obiettivo di diligenza, ossia con uno *standard* comportamentale ritagliato da quelle norme cautelari il cui rispetto l'ordinamento impone nello svolgimento di quella stessa attività pericolosa realizzata dal colpevole⁴⁸; richiamato ulteriormente il fatto che, come si diceva, la condotta (omessa) sulla cui efficacia impeditiva il giudice si interroga è quella «doverosa», ossia quella richiesta dall'ordinamento per l'esercizio di quella attività pericolosa intrapresa dal reo, emerge con evidenza il pericolo di una sovrapposizione, concettuale e probatoria, tra la spiegazione causale dell'omissione impropria e l'accertamento della tipicità obiettiva del fatto colposo, che non a caso la dottrina da tempo segnala⁴⁹.

Ed ancora. Di certo si ricorderà come, per l'affermazione della responsabilità colposa d'evento, sia richiesto anche il riscontro della c.d. «causalità della colpa», la cui necessità deriverebbe testualmente dall'art. 43 c.p., nella parte in cui vuole l'evento prodotto «a causa» di negligenza, imprudenza, imperizia, ecc. In altri termini, l'accadimento potrà essere ascritto al reo non solo se materialmente cagionato

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14.11.2008, Calzini, cit., nonché Id., 15.11.2005, Fedele, cit.

⁴⁸ Data la notorietà di siffatta articolazione strutturale dell'illecito colposo in una «misura oggettiva», apprezzabile sotto il profilo del fatto tipico, ed in una «misura soggettiva» (c.d. «colpevolezza della colpa»), rilevante sotto il versante dell'imputazione soggettiva, basti qui il rinvio, per tutti e riassuntivamente, a M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 24 ss. ed a M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 54 ss., ora liberamente consultabili in www.discrimen.it.

⁴⁹ Cfr., difatti, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 150 ss., P. VENEZIANI, *Il nesso*, cit., p. 1981 s., R. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., p. 317 ss., e da ultimo D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in Aa.Vv., *Reato colposo*, cit., p. 217 s.

dalla sua condotta colposa, non solo se, ulteriormente, esso costituisca la concretizzazione dello specifico rischio che la norma cautelare disattesa intendeva per l'appunto esorcizzare, ma viepiù – e questo è il punto – se non risulti che, pur ove il reo avesse adottato il contegno diligente richiesto (il c.d. «comportamento alternativo lecito»), l'evento si sarebbe ugualmente verificato. Ma se così è, non è difficile comprendere – si sostiene – come segnatamente nei reati omissivi impropri colposi, chiedersi se in assenza del comportamento prescritto l'evento si sarebbe o meno causalmente verificato significhi in realtà, a ben vedere, domandarsi con altre parole se quest'ultimo sarebbe stato o meno evitabile qualora il reo avesse rispettato le regole cautelari che danno corpo allo *standard* oggettivo di diligenza richiesto dall'ordinamento per quel tipo di attività, e quindi, ancora una volta, sovrapporre il profilo della causalità con quello della colpa⁵⁰.

In verità, a chi è più attento non sarà sfuggito come le sovrapposizioni appena segnalate appaiano come tali a causa, almeno in buona misura, di una sorta di “illusione ottica”. In dottrina, infatti, si è da più parti curato di evidenziare, ad esempio, come un conto sia il dovere impeditivo proprio della posizione di garanzia, ed un conto sia, invece, l'obbligo di diligenza obiettiva che fonda la misura oggettiva della colpa, i quali non necessariamente coinciderebbero con riguardo alle fonti, alla funzione, al momento di insorgenza, sì che nei casi di specie ben potrebbe sussistere la prima e non il secondo⁵¹; come, sebbene il giudizio sull'agire colposo si fondi indubbiamente sul medesimo tipo di conoscenze e di leggi scientifiche di copertura che vengono impiegate per la spiegazione causale, il primo debba riferirsi al momento del fatto mentre la seconda si ambienta *a posteriori*, con intuibili differenze in punto di conoscenze impiegabili dal giudice⁵²; come, infine, un conto sia il livello di certezza che deve pretendersi nel giudizio di causalità, un conto sia quello richiedibile

⁵⁰ In questi termini, problematicamente, v. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006, p. 116 s., ora anche in *www.discrimen.it*, T. PADOVANI, *Diritto*, cit., p. 164 s. e da ultimo A. MASSARO, *Omissione*, cit., p. 883 ss. Sulla c.d. «casualità della colpa» e sul problema del grado di sostegno probabilistico circa la evitabilità dell'evento che la anima, basti il riferimento, oltre all'appena richiamato testo di Massimo Donini (p. 109 ss.), a G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 659 ss., a M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 408 ss. ed a K. SUMMERER, *Causalità*, cit., pp. 138 ss. e 245 ss., con ulteriori ed ampi riferimenti di dottrina.

⁵¹ Cfr. G. GRASSO, *Il reato*, cit., p. 372 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 94 ss.; A. VALLINI, *Il problema*, cit., p. 155 ss., A. MASSARO, *Omissione*, cit., p. 872 s., e nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, V^a ed., Padova, 2007, p. 170, nota 47. Nel senso della sovrapposibilità dei due concetti, invece, v. per tutti G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 108 e F. ANGIONI, *Note sull'imputazione*, cit., p. 1284 ss.

⁵² Cfr. per tutti G. FORTI, *Colpa*, cit., p. 206 ss.

in materia di accertamento della sussistenza della colpa⁵³, ecc. Tuttavia, non deve neanche sfuggire come, nel concreto agone processuale, distinzioni del genere, spesso molto sottili, non sempre siano rilevabili – ed in effetti risultano rilevate – dalla giurisprudenza, con la conseguenza che il “rischio” di cui si diceva inizialmente, sebbene scongiurato dalla teoria, possa purtroppo avverarsi nella quotidiana pratica giudiziaria, notoriamente più sbrigativa.

7. Una breve chiusa

Sebbene la “fattispecie-tipo” di responsabilità penale che, per evidenti motivi, si è qui deciso di prendere in considerazione non abbia la pretesa di rappresentare le condizioni standard nelle quali, oggi, si svolge l’attività sanitaria, che spesso vede un alternarsi sincronico e diacronico delle prestazioni di più sanitari, la speranza è quella di avere comunque offerto un quadro che, nell’esemplificare la realtà delle cose, abbia tuttavia restituito la complessità dell’accertamento causale nell’ambito del c.d. «diritto penale della medicina». Guardata proprio da quest’ultimo angolo di osservazione, tale complessità ha in un certo senso deluso le aspettative che il paradigma causale “scientista” aveva originato in punto di maggiore determinatezza e personalità della responsabilità penale, come del resto sembra confermare il crescente dibattito sulle possibili responsabilità penali degli operatori sanitari per gli effetti del contagio da covid-19, che non a caso ripropone i termini del drammatico confronto tra le esigenze della legalità penale, *sub specie* in materia di causalità, e lo stato cognitivo della scienza medica, chiamata a fornire alla prima certezze delle quali non sempre dispone⁵⁴.

Ma tutto ciò, a ben vedere, senza colpa, poiché è la stessa scienza medica, come si accennava, a non potere soddisfare, almeno in molti casi, quei livelli di certezza che si attendevano nel porla alla base del funzionamento di certi istituti giuridici. Da qui, perciò l’interrogativo – non certo nuovo nella moderna «società del rischio» –

⁵³ Cfr. gli autori richiamati *supra* in nota 51.

⁵⁴ Sullo spinoso tema, v. per tutti, in modo esemplificativo, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 887 ss.; G. SOLA, L. RUINI, *Il nesso eziologico tra fonte del contagio, ritardata diagnosi e cura e decesso per Covid-19*, in *www.giurisprudenzapenale.com* (21.6.2021); P. PIRAS, *Il nesso causale SARS-CoV-2 e le morti nelle R.S.A.: si può provare?*, in *www.sistemapenale.it* (14.4.2022); S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da covid 19*, *ivi* (20.4.2022), nonché, più in generale, C. CUPELLI, *Covid-19 e responsabilità colposa*, in Aa.Vv., *Reato colposo*, cit., p. 340 ss.

sul *quomodo* dell'intervento penale in materia, venendo qui in discussione l'adeguatezza del modello di tutela imperniato sul reato d'evento, ma anche le aspettative prestazionali, in termini di compromesso tra *favor rei* e *favor societatis*, che si possono ragionevolmente attendere dagli istituti penalistici classici⁵⁵. Ma non è escluso che, in futuro, ci si interroghi sullo stesso *an* della tutela penale, almeno in relazione a certe ipotesi di errore medico da codificare, come del resto dimostra la nota «legge Gelli-Bianco», che potrebbe avere aperto una via in siffatta direzione. Ma questa è, all'evidenza, tutta un'altra storia.

⁵⁵ Per un agile quadro delle proposte formulate in materia, v. G. FIANDACA, *Appunti*, cit., p. 181 s.