



I sinottici di MESSINA SALVATORE DONATO

LA COLPA MEDICA

I tre temi fondamentali meritevoli di approfondimento in tema di colpa medica

IL TEMA DELL'ACCERTAMENTO DEL NESSO DI CAUSALITÀ

Soprattutto nei casi in cui venga contestato al medico un comportamento colposo omissivo

IL TEMA DEL GRADO DELLA COLPA E PIU' IN GENERALE DEI LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ COLPOSA DEL SANITARIO

IL TEMA DELLA VALUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEI SINGOLI MEDICI IN CASO DI ATTIVITÀ IN EQUIPE (Sincronica o diacronica)

IL TEMA DELL'ACCERTAMENTO DEL NESSO DI CAUSALITÀ

Soprattutto nei casi in cui venga contestato al medico un comportamento colposo omissivo

A tale proposito assume rilievo particolare

Cass. Sez. unite penali, Sentenza 10 luglio/11 settembre 2002 n.30328, Franzese che, affrontando il tema della *responsabilità per omissione colposa del medico*, ha enunciato i seguenti principi:

In ordine al problema dell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica, devono essere enunciati i seguenti principi di diritto:

- 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, della ipotesi accusatoria sulla esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificare la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, così che, nell'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'esistenza 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 ed 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 dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio***. Alla Corte di cassazione, infine, quale giudice di legittimità, è assegnato il compito di controllare retrospettivamente la razionalità delle argomentazioni giustificative – la cosiddetta giustificazione esterna della decisione inerente ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base ad essi e ai criteri che sostengono le conclusioni.*

***La formula "al di là di ogni ragionevole dubbio" come presupposto necessario della sentenza di condanna è stata poi inserita nell'**art.533 c. 1 c.p.p.** dalla legge n. 46 del 2006 («1. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli **al di là di ogni ragionevole dubbio**....»).

**IL TEMA DEL GRADO DELLA COLPA E PIU'
IN GENERALE DEI LIMITI DELLA
RESPONSABILITÀ COLPOSA DEL
SANITARIO**

**L'evoluzione della giurisprudenza e della
legislazione**

UNA PREMESSA GENERALE

Premesso

che **in generale**, in diritto penale, **il grado della colpa incide solo sul piano della commisurazione** e, di conseguenza, ai fini della imputazione del fatto a titolo di colpa è *sufficiente anche una colpa lieve*

va però osservato che

problemi particolari sono sorti in relazione alle ipotesi di colpa professionale (fra le quali rientrano le ipotesi di colpa medica).

A quest'ultimo proposito possono essere rilevati, nel corso del tempo, **orientamenti** (legislativi e giurisprudenziali) **oscillanti fra due fondamentali tipi di soluzioni**:

- *ritenere che, ai fini della responsabilità penale del medico, non debbano essere previste limitazioni al grado della colpa* (a che quindi si possa rispondere anche di colpa lieve)
- *ritenere, all'opposto, che la disciplina della colpa medica* (per la particolare difficoltà dell'attività professionale del sanitario) *giustifichi una disciplina che - in deroga alle regole generali sulla responsabilità penale colposa - consenta di escludere la punibilità nelle ipotesi riconducibili a forme di colpa non particolarmente grave.*

Le soluzioni prospettate in merito alla fondamentale alternativa appena prospettata possono essere elencate all'interno di un processo diacronico relativamente al quale possono individuarsi le seguenti **TAPPE**

PRIMA TAPPA

L'affermazione della responsabilità nei limiti della colpa grave

La giurisprudenza in un primo tempo è apparsa orientata nel senso che: *andrebbe applicata anche nell'ambito del diritto penale la disposizione dell'articolo 2236 del codice civile il quale, in materia di responsabilità del prestatore d'opera, afferma che "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave"*

Gli argomenti principali adottati a fondamento di una simile soluzione facevano riferimento:

- **al principio della unitarietà dell'ordinamento giuridico**
- e
- **alla natura di extrema ratio dell'intervento repressivo penale**, di conseguenza in mancanza di una risarcibilità sul piano del diritto civile non avrebbe senso ammettere una responsabilità penale.

SECONDA TAPPA

Il graduale superamento principio per il quale il medico dovrebbe rispondere solo nei limiti della colpa grave

A partire dagli anni settanta, in seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 166/1973), la giurisprudenza si è collocata su di una linea di **maggiore severità** affermando che:

la limitazione di responsabilità penale alla sola colpa grave vale soltanto per le ipotesi di colpa dovuta ad imperizia, mentre per l'imprudenza e per la negligenza varrebbero i normali criteri di valutazione della colpa penale (che ritengono sufficiente anche una colpa lieve).

Con la sent. 166 del 28.novembre 1973 (in Forit., 1974, I, 19 e ss. la Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 2236 c.c. e 589 (Omicidio colposo) e 42 c.p. in relazione all'art. 3 Cost. ha rilevato che *"la esenzione o limitazione di responsabilitànon conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti un minimo di prudenza o negligenza. Anzi è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza di giudizio del magistrato è direttamente proporzionale alla difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità"*.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso di escludere diretta rilevanza, in ambito penale, alla regola indicata nell'articolo 2236 c.c. (che tuttavia manterrebbe la più limitata funzione di "regola di esperienza")

In questo senso v. Cass., sez. IV penale, sent. 23 marzo 1995 n. 5278 (in Guidaldir., n.28 del 1995, p.72) per la quale:

"In tema di colpa professionale, quando la condotta colposa incida su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, costituzionalmente e penalmente protetti, i parametri valutativi debbono essere estratti dalle norme proprie al sistema penale e non da quelle espresse da altro ramo del diritto, quali l'articolo 2236 c.c..

Tuttavia detta norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia".

TERZA TAPPA

I due successivi interventi legislativi finalizzati a disciplinare espressamente i limiti della colpa nell'ambito della attività medica

2012 - IL c.d. DECRETO BALDUZZI

In virtù del primo comma dell'art. 3 del Decreto-Legge n. 158/2012 (c.d. Decreto Balduzzi) come convertito con modificazioni dalla L. 8 novembre 2012, n. 189 "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute". (G. U. 10 novembre 2012, n. 263) è stato introdotto un limite alla responsabilità del medico che abbia applicato le linee guida e le best practice nelle scelte terapeutiche da affrontare.

La norma in questione era, infatti, così formulata:

"L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"

2017 - LA LEGGE GELLI-BIANCO

A meno di cinque anni di distanza il tema della responsabilità del sanitario è stato oggetto di un **nuovo intervento riformatore** con la **legge n. 24 del 2017** recante *"Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie"*.

La parte che più interessa da vicino ai fini della presente esposizione è rappresentata dall'**art. 6 del testo della riforma** che:

- per un verso (art. 6 n. 2)

abroga il primo comma dell'articolo 3 del d.l. 13 settembre 2012 n. 158 del precedente decreto Balduzzi, riportato più sopra

- per un altro verso (art. 6 n.1)

introduce nel codice penale un nuovo articolo, il **590 sexies**, così formulato:

Art. 590-sexies. Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Nei primi commenti alla nuova disciplina è stato subito rilevato che:

A. In riferimento al n. 2 dell'art. 6 della legge n. 24 del 2017

L'**abrogazione della disposizione della legge Balduzzi**, che prevedeva la punibilità solo per colpa grave nell'ipotesi in cui il sanitario si fosse attenuto a linee guida *sembrerebbe far perdere rilievo alla questione dei criteri di distinzione fra colpa grave e colpa lieve*, dato che il **nuovo art. 590 sexies c.p.** non distingue fra i gradi della colpa.

Il richiamo dell'art. 590 sexies c.p. alla sola imperizia sembrerebbe spiegarsi come un retaggio di quell'orientamento giurisprudenziale (peraltro smentito da alcune pronunce più recenti) per il quale, nel vigore del decreto Balduzzi, la limitazione della responsabilità colposa del sanitario da quel decreto prevista doveva intendersi applicabile solo in relazione ai casi di imperizia.

B. In riferimento al n. 1 dell'art. 6 della legge n. 24 del 2017

1. Il primo comma del nuovo articolo 590 sexies

appare privo di contenuto innovativo. Infatti si limita a ribadire l'applicabilità degli articoli 589 e 590 c.p. nelle ipotesi di colpa medica. La sua **funzione**, allora, finisce con l'essere limitata al rinvio a quanto previsto dal secondo comma che contiene il *novum* legislativo.

2. Il secondo comma dell'art. 590 sexies

prevede una ipotesi di non punibilità della condotta imperita del medico ancorandola ai seguenti presupposti:

a) la verifica dell'evento *a causa d'imperizia*

b) il *rispetto delle linee guida*

c) la *corretta identificazione di linee guida adeguate alle specificità del caso concreto*

3. Ma allora il presupposto *sub a)* sembra confliggere con quelli *sub b)* e *sub c)*.

Ed invero, se le linee guida sono rispettate e sono adeguate alle specificità del caso concreto, appare assai problematico individuare le ipotesi di imperizia in relazione alle quali dovrebbe trovare un ambito applicativo la particolare causa di non punibilità di cui al secondo comma dell'articolo 590 sexies.

4. Un elemento di sicuro rilievo, e meno problematico, della nuova normativa è certamente quello che si ricava dal collegamento fra l'art. 590 sexies e l'art. 5 della legge Gelli - Bianco che disciplina dettagliatamente *le procedure di individuazione delle linee guida cui fare riferimento* nel giudizio di colpa medica.

Resta aperto il nodo interpretativo sottolineato al punto 3 e non è un caso che l'oscurità del testo legislativo ha immediatamente prodotto due sentenze dai contenuti assolutamente contraddittori al punto da sollecitare un pronto intervento delle Sezioni unite

A
LE DUE PRONUNCE DI LEGITTIMITÀ IN APERTA CONTRADDIZIONE

• Cass., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, Pres. Blaiotta, Rel. Montagni, Ric. P.C. Tarabori in proc. De Luca
La legge n. 24 del 2017 ha introdotto, all'art. 5, un nuovo statuto disciplinare delle prestazioni sanitarie, governato dalle raccomandazioni espresse dalle linee guida accreditate e, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Ai sensi dell'art. 590-sexies c.p. introdotto dall'art. 6 della medesima legge, tale nuovo quadro disciplinare è rilevante anche ai fini della valutazione della perizia del professionista con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.; e, per la sua novità, trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della novella. Per i fatti anteriori può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 c.p., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Secondo questa pronuncia:

c'è una "drammatica incompatibilità" fra i requisiti della causa di non punibilità

L'evento non può essere causato da imperizia, se c'è rispetto di linee guida e se le stesse sono adeguate alla specificità del caso concreto.

La Tarabori conclude che tuttavia l'incompatibilità del testo legislativo può essere superata. L'unico modo è quello di ritenere che nell'art. 590-sexies c.p. il legislatore ha usato un'espressione *lessicalmente infelice* quando ha scritto: "Qualora l'evento si sia verificato a causa d'imperizia...", non volendosi riferire ai casi nei quali c'è un nesso causale fra l'imperizia e l'evento, ma ai casi nei quali *si fa questione d'imperizia*, perché di tale forma di colpa il medico è stato chiamato o potrebbe essere chiamato a rispondere.

Il principio interpretativo della Tarabori è pertanto:

- si ha non punibilità se in giudizio si fa questione d'imperizia, se il sanitario ha rispettato le linee guida e se nel caso concreto non vi erano ragioni per discostarsene.

• Cass., Sez. IV, sent. 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017), n. 50078, Pres. Izzo, Rel. Piccialli, Ric. Cavazza

Il secondo comma dell'art. 590-sexies cod. pen., articolo introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse".

Secondo questa pronuncia:

c'è invece compatibilità fra i requisiti della causa di non punibilità.

Questa va riconosciuta nei casi di *imperizia che si manifesta nella fase esecutiva delle linee guida*. Quindi: c'è rispetto delle linee guida, per la corretta scelta d'intervenire in base alle stesse, ma allo stesso tempo imperizia nell'esecuzione, nell'applicazione delle raccomandazioni. Non imperizia *in eligendo* le linee guida, ma *in executivis*. In altri termini: *linee guida scelte bene, ma applicate male*.

La Cavazza motiva che in questi casi sussistono tutti i requisiti posti dalla lettera dell'art. 590-sexies c.p. e precisa che la non punibilità si produce anche se l'imperizia è grave, dal momento che la legge non distingue fra i gradi della colpa.

La ratio della scelta legislativa di escludere, in tali ipotesi, la punibilità anche in caso d'imperizia grave, andrebbe ravvisata nel fine di ridurre la medicina difensiva, mediante allentamento della morsa repressiva.

Il principio interpretativo della Cavazza è pertanto:

- si ha non punibilità quando l'evento è causato da imperizia, lieve o grave, nella fase esecutiva delle linee guida.

B
L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

Sui problemi interpretativi suscitati dalla riforma Gelli - Bianco sono poi intervenute **le Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 8770 del 21/12/17 (dep. 22/2/18) - Pres. Canzio - Rel. Vessichelli - Imp. Mariotti**

L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) *se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza;*
- b) *se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia, quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;*
- c) *se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;*
- d) *se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.*

In merito ai problemi di diritto intertemporale originati dalla intervenuta riforma Gelli Bianco sulla precedente disciplina di cui all' legge Balduzzi va riconosciuto:

1. *Che l'abrogato art. 3 del decreto Balduzzi risulta più favorevole*
 - a) *in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario - commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco - connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche accreditate.*
 - b) *in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario - commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco connotati da colpa per imperizia, per un errore determinato da colpa lieve, che sia caduto sul momento selettivo delle linee-guida e cioè su quello della valutazione della appropriatezza della linea-guida. Ritenuto dalla giurisprudenza coperto dalla esenzione di responsabilità del decreto Balduzzi (v. Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, non massimata sul punto), ma non più esente da punibilità in base alla sopravvenuta disciplina della Gelli-Bianco.*
2. *Per quanto riguarda, poi, l'errore determinato da colpa lieve per imperizia nella sola fase attuativa*
 - a) *andava esente per il decreto Balduzzi*
 - b) *ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'art. 590-sexies*

Sulla base di tale premessa appare ininfluente, in relazione alla attività del giudice penale che si trovi a decidere nella vigenza della nuova legge su fatti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in vigore, la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio.

In sintesi

• ***la Tarabori***

giunge ad un'interpretazione abrogatrice, perché non assegna alcuno spazio applicativo rispetto a quanto già da tempo affermato in giurisprudenza e ciò in collisione con l'intentio legis innovatrice;

• ***la Cavazza***

assegna una portata impropriamente lata alla causa di non punibilità: troppo spazio applicativo, con ipotizzabilità di violazione dei principi costituzionali della parità di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti e della tutela della salute.

• ***le Sezioni unite Mariotti***

affermano che si ha non punibilità quando l'evento è causato per imperizia lieve nella fase esecutiva delle linee guida

La non punibilità nei limiti della sola colpa lieve viene ricavata dalle Sezioni unite in via interpretativa:

- *dall'art. 2236 c.c. che se pure non direttamente applicabile introduce un principio ragionevole principio guida sull'an della responsabilità professionale*
- *dal fatto che la precedente disciplina aveva espressamente dato rilievo a tale limite e che non vi sarebbero ragioni per mutare, sotto questo profilo, la prassi precedente*
- *dal fatto che nel testo originario della riforma Gelli-Bianco il limite della colpa lieve era espressamente previsto e la successiva scomparsa di tale limite, in mancanza di una dichiarazione di esplicita rinuncia alla distinzione, non doveva essere intesa come un successivo ripudio legislativo della stessa*

**IL TEMA DELLA VALUTAZIONE DELLA
RESPONSABILITÀ DEI SINGOLI MEDICI IN
CASO DI
ATTIVITÀ IN EQUIPE
(Sincronica o diacronica)**

IL PROBLEMA

Gran parte delle prestazioni medico chirurgiche vengono oggi eseguite non più da un solo professionista ma da una pluralità di soggetti (medici e paramedici) inseriti all'interno di strutture complesse ed organizzati secondo il principio della divisione del lavoro.

Occorre allora stabilire:

se e a quali condizioni il singolo soggetto, partecipe del gruppo, risponda dei contegni colposi posti in essere da altri componenti e fino a che punto si estenda il suo dovere di prudenza, diligenza e perizia quando egli si trovi a partecipare ad un'attività terapeutica insieme con altre persone

A governo della cooperazione all'interno delle strutture sanitarie, si pone il **principio organizzativo della divisione del lavoro**, che rappresenta ad un tempo:

- fattore di sicurezza

solo la divisione del lavoro consente, infatti, al medico e al personale ausiliario di *"dedicarsi ai compiti specifici del trattamento curativo con la dovuta esclusività e concentrazione"*

- e fattore di rischio

alla esecuzione pluripersonale dell'intervento terapeutico sono, infatti, correlati anche una serie rischi che, peraltro, presentano profili di eterogeneità rispetto a quelli propri della prestazione medica, per così dire, monosoggettiva e che ricorrono, in vero, in ogni caso in cui si dia vita a forme di collaborazione tra più persone.

Tali rischi sono collegati, ad esempio, ai *difetti di coordinamento*, agli *errori nella scelta dei collaboratori*, agli *errori di comunicazione e di comprensione* e, infine, agli *errori dovuti alla mancanza di una visione unitaria dell'intervento*.

Orbene, qualora i rischi prospettati si concretizzino in un esito infausto, l'interprete è chiamato ad individuare i criteri posti a governo del giudizio di accertamento della responsabilità penale.

Nel tentativo di inquadrare la complessa e multiforme casistica in materia di responsabilità medica d'*équipe* la dottrina più recente prende le mosse da una preliminare distinzione basata sul **tipo di rapporti fra i soggetti coinvolti**.

Questi possono intercorrere:

- a) tra medici ed ausiliari o tra medici e medici nell'ambito di relazioni che sono riconducibili a **rapporti di gerarchia**;
- b) tra medici e medici secondo forme di relazione che, riguardando specialità sanitarie diverse, o reparti o sedi ospedaliere diversi, possono qualificarsi come **rapporti non subordinati**.

Ad integrazione di questa fondamentale bipartizione viene aggiunta una ulteriore distinzione fra:

- a) l'*équipe di reparto*, in cui i medici cooperano - sincronicamente o diacronicamente - secondo un modello organizzativo a carattere gerarchico
- b) l'*équipe chirurgica* nella quale converge sia l'opera di medici ordinati gerarchicamente (chirurgo operatore, aiuti, ferrista, infermieri addetti con varie funzioni alla sala operatoria), sia di specialisti di differenti discipline (anestesista e, eventualmente, anatomopatologo, radiologo, trasfusione ecc.) in una forma di *cooperazione multidisciplinare sincronica*
- c) l'*équipe in senso lato*, che coinvolge medici che cooperano in modo non contestuale, che pongono in essere, cioè, interventi eterogenei in fasi diverse del trattamento sanitario

La **giurisprudenza della Corte di cassazione** pare aderire ad una **nozione ampia di équipe**, riferendo il predetto termine a tutte le forme di cooperazione sanitaria, applicando, dunque, il medesimo protocollo di accertamento delle responsabilità penale.

IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO

Appare innanzitutto evidente che in ambito penalistico possa trovare accoglimento, in caso di esito infausto conseguente a una accertata violazione di regole cautelari, il principio, di chiara matrice civilistica, di una sorta di *responsabilità solidale o di gruppo* dei componenti dell' *équipe*.

Una tale soluzione si porrebbe infatti in aperto contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 Cost.

La dottrina ha fatto prevalente riferimento, nella individuazione degli obblighi cautelari gravanti su ciascun componente della *équipe* al c.d. **principio di affidamento** che può essere definito nei termini seguenti:

Nelle ipotesi di attività rischiose giuridicamente autorizzate (c.d. rischio consentito) connotate dalla convergenza di più soggetti con obblighi divisi e complementari di diligenza, ciascun soggetto che rispetti le regole cautelari su di lui gravanti può e deve confidare nel corretto comportamento degli altri, cioè nel rispetto, da parte di questi ultimi, delle cautele doverose (scritte e non scritte) proprie delle rispettive attività da essi svolte.

Ciò premesso in termini generali, con *precipuo riferimento al settore medico* l'interrogativo teorico – come già avvertito – è se il principio di affidamento possa essere utilizzato dall'interprete quale criterio delimitativo delle responsabilità individuali nei casi in cui l'evento lesivo sia prodotto da più sanitari che cooperino in *équipe*. In altri termini, *la questione di fondo riguarda l'esistenza di regole cautelari il cui spettro preventivo si estenda sino a neutralizzare il fatto colposo del terzo.*

In dottrina

- Un primo e più risalente orientamento

Ha sostenuto che il sanitario non potrebbe fare affidamento sulla diligenza dell'operato altrui, ma attendere, pure al cospetto di una divisione del lavoro tra più soggetti compartecipi di un'attività medica, ad un obbligo di controllo diretto sull' operato degli altri.

- L'orientamento prevalente

Ha preliminarmente osservato che l'approccio ricostruttivo sopra esposto, basato sulla sistematica sfiducia nell'operato altrui, finirebbe con il rivelarsi controproducente per la tutela della salute del paziente. Vi è il rischio, infatti, che il singolo professionista, tenuto ad un così stringente obbligo di controllo, sia distolto dall' attuazione dei propri compiti specifici, a cui non potrebbe attendere con la dovuta concentrazione con la paradossale conseguenza di un abbassamento qualitativo della prestazione terapeutica.

Il principio di affidamento va pertanto valorizzato come principio base per meglio definire le rispettive sfere di responsabilità di ciascun componente dell' *équipe* medica.

Tuttavia, proprio la limitazione dei doveri del singolo sanitario alla diligente esecuzione dei compiti relativi **alle sue specifiche competenze può determinare problemi di coordinamento** con la attività degli altri componenti del gruppo, svilendo le finalità del trattamento medico in *équipe*, che è preordinato alla migliore riuscita dell'attività sanitaria sul paziente attraverso la partecipazione di più specialisti.

Pertanto, **fin da subito, l'affermazione del principio di affidamento è stata accompagnata dalla individuazione di limiti** che ne circoscrivessero l'ambito applicativo, al fine di evitare che dallo stesso derivassero esasperate "parcellizzazioni" di responsabilità.

In giurisprudenza

Va segnalato lo sforzo di individuare (talvolta con esiti non sempre convincenti) un **punto di equilibrio** fra:

- l'esigenza (propria del principio di affidamento) di permettere a ciascuno dei componenti dell'*équipe* di *concentrarsi sui suoi specifici compiti*

e

- l'esigenza di evitare esasperate "parcellizzazioni" di responsabilità attraverso un adeguato coordinamento far le attività dei sanitari

I LIMITI ALLA APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO NELLA ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Se si guarda alla giurisprudenza sulla utilizzazione del principio di affidamento in ambito medico può affermarsi in via generale che ha trovato accoglimento il **principio dell'affidamento c.d. temperato** che avrebbe la funzione di conciliare le esigenze di tutela della vita e della integrità fisica con il principio della personalità della responsabilità penale, attraverso un dialettico rapporto *regola-eccezione* in cui:

- la **regola di base** (da cui scaturirebbe un **dovere cautelare primario**) sarebbe che nella attività di lavoro in *équipe* ciascuno dovrebbe rispondere solo dell'inosservanza delle *leges artis* del proprio specifico settore, in omaggio al principio dell'affidamento reciproco;
- l'**eccezione** (da cui scaturirebbe un **dovere cautelare secondario**) riguarderebbe l'ipotesi relativa alla percezione - in ragione del collegamento funzionale e ambientale che caratterizza l'attività in *équipe* - di **circostanze fattuali** che si rivelino *idonee ad annullare l'aspettativa di un comportamento corretto* da parte degli altri.

Tali **circostanze fattuali** andrebbero identificate facendo riferimento ai parametri dell'*evidenza e non settorialità dell'errore altrui*.

In altri termini:

in tanto può esigersi da un sanitario di avvedersi di un altrui errore tecnico e di emendarlo, solo in quanto lo stesso sia rilevabile in base al patrimonio di conoscenze comuni ad ogni sanitario, ancorché non possieda le speciali cognizioni tecniche del medico che ha commesso l'errore.

In definitiva, l'indirizzo interpretativo più volte espresso dalla Corte di cassazione (*ex plurimis*: Cass. sez. IV, sent. n. 18780 del 2016; Cass., sez. IV, sent. n. 22007 del 2018), non distinguendo tra cooperazione sincronica e diacronica, è nel senso che:

Ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

La dinamica regola-eccezione illustrata subirebbe, però, una torsione qualora si discuta della responsabilità del capo *équipe*:

Ed invero, nelle *équipe* gerarchicamente organizzate il rapporto tra il principio di affidamento e dovere di controllo risulta, se non proprio invertito, alquanto modificato nel senso che l'obbligo di controllo e coordinamento sull'operato di tutti i componenti del gruppo assumerebbe un ruolo quanto meno equivalente agli obblighi cautelari connessi alla specifica attività tecnica di cui il capo *équipe* è il titolare esclusivo.

NELLA MISURA IN CUI VENGANO MENO I PRESUPPOSTI PER POTERE FARE AFFIDAMENTO SUL CORRETTO OPERATO ALTRUI

Il componente della *équipe* potrà andare incontro a una responsabilità per concorso colposo omissivo (ex art. 113 in combinato disposto con l'art. 40 cpv. c.p.) per non aver controllato o impedito la altrui condotta colposa.

EVIDENZA E RICONOSCIBILITÀ DELL'ERRORE ALTRUI NEI RAPPORTI FRA SANITARI DI TIPO GERARCHICO

1 - Il problema della responsabilità del subordinato (medico o personale ausiliario) per il fatto colposo del superiore.

A questo proposito può essere osservato che la direttiva del medico in posizione superiore è

- tanto più vincolante
- quanto meno manifestamente appaia frutto di una valutazione o connotata da contenuti che potrebbero dare origine a un rimprovero di colpa.

Allo scopo di dare maggiore concretezza a questi criteri di valutazione (ancora troppo generici) una recente dottrina, riprendendo una classificazione dei tipi di errore elaborata in altri contesti di analisi, ritiene utile distinguere due tipi di errore di base:

I c.d. "slips" (ed i lapsus) [che in italiano potremmo definire **sviste**]

e

i c.d. "mistake" [definibili, in italiano, come **errori di valutazione**]

Alla luce di questa distinzione è stato osservato che:

Il preteso dovere del sottoposto di controllare la validità di ordini o istruzioni ricevute sembra trovare un concreto spazio operativo soprattutto nei casi di "slips" e "lapsus", la cui rilevazione è di solito più facile con un semplice sforzo di attenzione.

Diversamente avviene per i "mistake" più difficili da sindacare perché meno riconoscibili, soprattutto da soggetti che, trovandosi in posizione subordinata e con un minor grado di esperienza, sono tendenzialmente indotti a fare affidamento sulle istruzioni ricevute da un soggetto che istituzionalmente dovrebbe possedere un grado di esperienza e di preparazione maggiore.

2 - Il diverso problema della responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato (medico o personale ausiliario).

- Il **dovere di controllo** del capo-équipe va individuato essenzialmente in un *dovere di verifica* (verifica da effettuare all'inizio dell'intervento e, successivamente, nel corso dell'intervento a determinati intervalli di tempo e soprattutto nei momenti più delicati dell'operazione) della sussistenza di eventuali circostanze di fatto che facciano prefigurare il prodursi di un altrui comportamento colposo. Se le verifiche eseguite non dovessero dare adito a rilievi di sorta il capo-équipe potrà legittimamente concentrarsi sulle mansioni a lui specificamente assegnate nell'ambito della divisione dei compiti.

- Per quanto riguarda il **dovere di coordinamento** esso comporta l'obbligo di predisporre in modo chiaro la ripartizione delle varie mansioni fra i componenti del gruppo, di scegliere i collaboratori in ragione delle loro specifiche caratteristiche e abilità tecniche, e di garantire la copertura di tutte le esigenze che l'intervento comporta.

- Per quanto riguarda la riconoscibilità degli errori del subordinato riprendendo la distinzione precedentemente effettuata fra "slips" e "mistakes", è stato osservato che da parte del primario - **inversamente a quanto valeva per la responsabilità del subordinato** - sarebbe da pretendere un controllo prevalentemente orientato a prevenire la commissione di "mistakes" mentre non sarebbe logico (né materialmente esigibile) che il primario eserciti un controllo di intensità analoga sulle possibili, molteplici, forme di "slips" o "lapsus" dei sottoposti.

EVIDENZA E RICONOSCIBILITÀ DELL'ERRORE ALTRUI NEI RAPPORTI FRA SANITARI NON GERARCHICAMENTE ORDINATI

A questo proposito è stata suggerita, in dottrina, l'opportunità di distinguere:

- rapporti tra medici che lavorano nello stesso reparto
- rapporti tra medici che appartengono alla stessa specialità ma non lavorano nella stessa sede
- rapporti fra medici di differente specialità

• In ordine al primo tipo di rapporti (tra medici che operano nello stesso reparto)

I temi problematici si ricollegano prevalentemente al c.d. *passaggio di consegne*, alla ipotesi - cioè - in cui un medico subentra a un altro nei compiti di cura e di assistenza verso il medesimo paziente.

In proposito meritano di essere ricordati i seguenti principi:

- l'affidamento del medico successivo nell'operato del precedente può avere efficacia scriminante "a patto che perdurino le stesse condizioni e non in presenza di un mutamento delle stesse a causa di nuovi elementi sintomatici non esistenti in precedenza - e pertanto non rilevati dai colleghi precedentemente intervenuti - ma insorti successivamente nell'arco di tempo garantito con la propria assistenza" (Così Cass., sez. IV, 2.3.1999, Maresi)
- dal canto suo "il medico ospedaliero che termina il suo turno di lavoro ha lo specifico dovere di informare dettagliatamente il medico subentrante sulla situazione del paziente avvertendolo sulla eventuale presenza di un elevato rischio di complicanze e sulla esigenza di un monitoraggio particolarmente attento e continuo" (Cass. 2.4.1977, Di Paola)
- quando il medico che trasferisce le consegne a chi viene a sostituirlo ha determinato, con una sua condotta colposa, un fattore di rischio che non si è ancora tradotto in un evento lesivo, e che sfocia nell'evento lesivo anche a causa della colposa negligenza del medico subentrante dal quale ci si sarebbe potuto ragionevolmente attendere la eliminazione del fattore di rischio, la responsabilità penale va riconosciuta per entrambi i soggetti (concorso di colpa)

• In ordine al secondo tipo di rapporti (tra specialisti della stessa disciplina che lavorano in reparti diversi)

La questione principale esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è quella della *cd. cooperazione per consulto*.

In proposito la giurisprudenza appare orientata ad affermare, in linea di massima, la responsabilità di entrambi i sanitari coinvolti:

Cass., sez. IV, 6.6.1981, Faraggiana

"La richiesta di altro medico a consulto, di non diversa specializzazione, anche se di maggiore esperienza, non comporta la completa assunzione di ogni responsabilità di valutazione e decisione da parte del sanitario chiamato a consulto; la responsabilità è congiunta e non esclusiva, salvo che si dimostri una conclamata e documentata difformità di valutazione diagnostica e di opportunità terapeutica tra i sanitari convenuti"

• In ordine ai rapporti del terzo tipo (tra specialisti in differenti discipline)

La questione più spesso ricorrente nella prassi è quella dei rapporti fra *chirurgo* e *anestesista*.

In proposito la giurisprudenza sembra oscillare

- tra posizioni particolarmente rigoristiche

che sembrano postulare un generale dovere di controllo reciproco (soprattutto quando non vi sia stata una espressa delega da parte del capo - *équipe*, al medico anestesista, di vigilare sulla fase post-operatoria fino al risveglio della paziente) (Cass., sez. IV, 14.6.2000, n. 1410: nella specie si trattava della morte di una piccola paziente per crisi respiratoria intervenuta dopo un intervento di asportazione delle tonsille, morte di cui furono ritenuti responsabili sia l'anestesista, per avere omesso la necessaria vigilanza ai fini della prevenzione di possibili complicanze post-operatorie, sia il chirurgo capo - *équipe* per essersi affidato alla vigilanza dell'anestesista e non avere controllato di persona l'operato di quest'ultimo - tra l'altro incaricato subito dal chirurgo stesso di seguire un altro intervento -)

- e posizioni volte a riconoscere una sfera di responsabilità autonoma dei due sanitari

(v. Cass., sez. IV, 30.10.1984, Passatelli: "l'anestesista è deputato a controllare lo stato di insensibilità del paziente alla operazione chirurgica, la sua reazione e la sicurezza dal punto di vista respiratorio e cardiocircolatorio, mentre non ha nessuna competenza, e quindi nessun incarico, di controllare la presenza di tamponi nella cavità soggetta all'operazione. Non risponde, pertanto, delle conseguenze lesive conseguenza di un processo infettivo ricollegabile a un tampone dimenticato nel corpo del paziente")

PARERE 18.12.18 CORR

A pochi giorni da un intervento di asportazione di una massa tumorale polmonare, il sig. Tizio decedeva. La consulenza tecnica disposta dal p.m. e le indagini della Guardia di Finanza accertavano che:

1. L'intervento chirurgico era stato "tecnicamente" corretto, ma non utile né necessario: le linee guida sconsigliano un tale intervento chirurgico in paziente anziano, affetto da altre patologie e comunque prossimo alla morte per effetto dello stato avanzato della metastasi (tumore diffuso in altre parti del corpo;
2. L'intervento non era stato preceduto da consulti con altri medici specialistici, e al paziente, in sede di raccolta del consenso informato, l'intervento era stato prospettato "risolutore della patologia con elevata probabilità", cosa non vera in considerazione dello stato di diffusione della metastasi;
3. L'operazione era da valutarsi come causa dell'evento morte, avendo anticipato un esito mortale comunque assai probabile entro i successivi mesi (persona debilitata e anziana);
4. La Guardia di finanza aveva accertato, in sede di verifica di rimborso per interventi chirurgici, che la Clinica Qui SI Paga, con la complicità del primario Tizio, "sistematicamente ricorreva ad interventi chirurgici non necessari, né preceduti da step diagnostici, perseguendo, attraverso onerosi rimborsi, interessi economici".

Sulla base di questi accertamenti, il p.m. chiedeva il rinvio a giudizio di Tizio per omicidio volontario con dolo eventuale. Tizio, preoccupato per la gravità dell'imputazione, vi chiede approssimandosi l'udienza preliminare, un parere sulla sua responsabilità penale. Egli osserva che:

1. L'intervento non avrebbe risolto certamente la patologia, ma avrebbe potuto alleviare le sofferenze;
2. Già in altre operazioni (documentate) in analoghe condizioni aveva operato pur prospettandosi la possibilità di un evento mortale, ma aveva confidato nella sua esperienza (peraltro riconosciuta a livello professionale) e abilità tant'è che mai la morte aveva fatto seguito all'intervento;
3. Tizio era convinto, sulla base dell'esperienza maturata, di controllare "il rischio operatorio";
4. Tizio aveva immediatamente posto in essere una fattiva e spontanea opera soccorritrice;
5. Sul piano professionale le conseguenze negative di quell'infausto risultato erano incalcolabili e notevolmente superiori al guadagno relativo all'operazione.

Il candidato rediga il parere richiesto, esaminando le questioni giuridiche sottese al caso.

La (radicalmente diversa) ipotesi trattamento medico realizzato senza finalità terapeutica

(per finalità di lucro e attraverso un consenso fraudolentemente carpito)

Radicalmente diversa, rispetto alle ipotesi fino a ora considerate, è quella in cui - in spregio ai fondamentali principi deontologici che dovrebbero ispirare la sua attività - il medico, carpando fraudolentemente il consenso del paziente, effettui sul paziente - per **mera finalità di lucro o di prestigio personale** - trattamenti sanitari del tutto inutili se non addirittura dannosi.

In tale ipotesi ricorrerà sicuramente:

- a) una responsabilità per *lesioni dolose* (in cui tornerà ad assumere rilievo una definizione del concetto di "malattia" esclusivamente in termini di *mera alterazione anatomico-funzionale*)
- b) In caso di morte sarà sicuramente da escludere una responsabilità per omicidio colposo e occorrerà distinguere:
 - l'ipotesi in cui si possa escludere che la morte si possa considerare voluta (in tal caso il medico sarà responsabile di *omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p.*)
 - l'ipotesi in cui si possa affermare, quanto meno in termini di dolo eventuale, la volontà dell'evento morte (con la conseguenza che ricorrerà una ipotesi di *omicidio doloso ex art. 575 c.p.*)

A tale ultimo proposito merita segnalazione:

Cass. Penale, sez. I, sent. 22 giugno 2017 - 3 aprile 2018 n. 14776 - imp. Brega Massone e altri

Reati contro la persona - Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica - Lesioni dolose - Configurabilità

La conduzione di un trattamento medico-chirurgico posto in essere in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute del paziente, comporta per l'imputato la consapevolezza di arrecare con certezza alla vittima un'inutile mutilazione, integrante gli estremi del dolo diretto di lesioni.

Reati contro la persona - Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica - Decesso del paziente - Omicidio colposo - Esclusione - Omicidio preterintenzionale - Applicabilità

Ove dal trattamento medico-chirurgico privo di finalità terapeutiche discenda la morte del paziente, non può trovare alcuno spazio applicativo la fattispecie di omicidio colposo, ma il fatto deve essere qualificato come omicidio preterintenzionale, salva, nel caso di accertata esistenza dell'*animus necandi*, la configurabilità del più grave delitto di omicidio volontario.

Reati contro la persona - Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica - Decesso del paziente - Omicidio preterintenzionale - Omicidio volontario - Criteri distintivi - Accertamento - Indicazione

Nel caso in cui dal trattamento medico-chirurgico privo di finalità terapeutiche discenda la morte del paziente, può ravvisarsi il delitto di omicidio volontario solo quando sia rigorosamente accertato che il sanitario si sia rappresentato e abbia voluto, quantomeno coi caratteri richiesti dalla figura del dolo eventuale, l'evento mortale come conseguenza della propria condotta operatoria. A tal fine, non è sufficiente la riproposizione del medesimo corredo indiziario dal quale già si era desunto il finalismo non terapeutico dell'intervento, corrispondente al profilo soggettivo del dolo diretto di lesioni e dell'omicidio preterintenzionale. E' infatti necessario un confronto puntuale con tutti i possibili elementi indicatori emersi dalle risultanze istruttorie, anche di potenziale segno contrario, cui segua un apprezzamento globale del quadro indiziario complessivo, inteso ad accertare se le ambiguità residue nei singoli elementi che lo compongono possono risolversi in un risultato probatorio munito di un alto grado di credibilità razionale.

scelte del legislatore assurge a triste costante del diritto penale), netta deve essere la scelta di campo⁶⁷:

solo così, parafrasando Orazio, per evitare un difetto non si cadrà nel difetto contrario⁶⁸.

■ Dolo in ambito medico

Cassazione penale, Sez. I, 3 aprile 2018 (ud. 22 giugno 2017), n. 14776 – Pres. Novik – Rel. Sandrini – P.G. Aniello (conf.) – Ric. B.M.P.P. e P.P.F. *Annula con rinvio Ass. App. Milano, 21 dicembre 2015.*

Reati contro la persona – Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica – Lesioni dolose – Configurabilità

La conduzione di un trattamento medico-chirurgico posto in essere in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute del paziente, comporta per l'imputato la consapevolezza di arrecare con certezza alla vittima un'inutile mutilazione, integrando gli estremi del dolo diretto di lesioni. (Massima non ufficiale)

Reati contro la persona – Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica – Decesso del paziente – Omicidio colposo – Esclusione – Omicidio preterintenzionale – Applicabilità

Ove dal trattamento medico-chirurgico privo di finalità terapeutiche discenda la morte del paziente, non può trovare alcuno spazio applicativo la fattispecie di omicidio colposo, ma il fatto deve essere qualificato come omicidio preterintenzionale, salva, nel caso di accertata esistenza dell'animus necandi, la configurabilità del più grave delitto di omicidio volontario. (Massima non ufficiale)

Reati contro la persona – Trattamento medico-chirurgico senza finalità terapeutica – Decesso del paziente – Omicidio preterintenzionale – Omicidio volontario – Criteri distintivi – Accertamento – Indicazione

Nel caso in cui dal trattamento medico-chirurgico privo di finalità terapeutiche discenda la morte del paziente, può ravvisarsi il delitto di omicidio volontario solo quando sia rigorosamente accertato che il sanitario si sia rappresentato e abbia voluto, quantomeno coi caratteri richiesti dalla figura del dolo eventuale, l'evento mortale come conseguenza della propria condotta operatoria. A tal fine, non è sufficiente la riproposizione del medesimo corredo indiziario dal quale già si era desunto il finalismo non terapeutico dell'intervento, corrispondente al profilo soggettivo del dolo diretto di lesioni e dell'omicidio preterintenzionale. È infatti necessario un confronto puntuale con tutti i possibili elementi indicatori emersi dalle risultanze istruttorie, anche di potenziale segno contrario, cui segua un apprezzamento globale del quadro indiziario complessivo, inteso ad accertare se le ambiguità residue nei singoli elementi che lo compongono possono risolversi in un risultato probatorio munito di un alto grado di credibilità. razionale. (Massima non ufficiale)

Per il testo della sentenza v. www.cortedicassazione.it.

Chirurgia inutile per denaro con morte del paziente: dolo o preterintenzione?

Alberto Cappellini*

La pronuncia in commento affronta un caso in cui i medici imputati, al fine di percepire fraudolentemente rimborsi pubblici, hanno sottoposto numerosi pazienti a interventi chirurgici senza finalità terapeutica, cagionando la morte di alcuni di essi. La Cassazione, in conformità ai suoi precedenti in materia, ritiene corretta la configurabilità quantomeno dell'omicidio preterintenzionale, escludendo l'ipotesi colposa; reputando insufficiente, invece, la motivazione dei giudici di appello rispetto alla sussistenza del più grave dolo di omicidio. Il lavoro, dopo aver brevemente ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale riguardante il dolo nel trattamento medico, si concentra sul problema della configurabilità del dolo di omicidio e della sua prova nel settore di riferimento, con particolare riguardo al ruolo giocato dai suoi indicatori.

La vicenda

Con la sentenza in commento la Suprema corte si è pronunciata, con ampia motivazione, su di un caso di trattamento medico arbitrario di gravità tale da porre, per la prima volta in Cassazione, il problema della possibile configurabilità del dolo di omicidio in capo agli imputati. La vicenda, nota alle cronache con l'i-

nequivocabile appellativo di "clinica degli orrori", merita di essere brevemente richiamata.

I due principali imputati, chirurghi toracici presso una casa di cura milanese, erano diventati oggetto di indagini a seguito dell'anomala impennata, tra il 2004 e il 2005, degli interventi operatori eseguiti e delle correlative richieste di rimborso avanzate alla Regione Lombardia. Il quadro d'accusa, emerso anche a segui-

⁶⁷ In proposito, con analoghe critiche alla pronuncia qui annotata, A. Gullo, *Realizzazione plurisoggettiva*, cit.

⁶⁸ La citazione di Quinto Orazio Flacco, testualmente, recita: "per evitare un difetto, gli stolti cadono nel difetto contrario"

(*Satire*, traduzione e commento di A. Gustarelli, Milano, 1951, I, 2, 24).

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

to di intercettazioni telefoniche, ipotizzava che numerosi interventi chirurgici fossero stati effettuati in assenza di specifiche indicazioni terapeutiche, e dunque senza il valido consenso informato dei pazienti, al fine di lucrare fraudolentemente rimborsi pubblici non dovuti, cagionando ai pazienti lesioni, e in taluni casi la morte.

Le indagini avevano condotto ad avviare un primo procedimento, nel quale venivano contestati ben ottantotto casi di lesioni volontarie a danno di pazienti, ad oggi confermati nel merito in via definitiva¹.

Un secondo processo, giunto con la sentenza in analisi all'attenzione della Cassazione, vedeva invece contestati anche quattro casi di omicidio volontario². La morte di tali pazienti, prossima all'intervento, era stata infatti nello specifico accertata come eziologicamente riconducibile all'operazione chirurgica stessa.

In entrambi i gradi di merito veniva sostanzialmente confermata, sia in punto di fatto che di diritto, la tesi accusatoria³. In particolare, sebbene gli illeciti "minori" fossero andati prescritti, all'esito del giudizio di appello rimanevano in piedi le accuse di omicidio volontario per i due chirurghi, sufficienti alla conferma dell'ergastolo per il capo équipe, e all'irrogazione della pena di 24 anni e 4 mesi di reclusione per l'altro medico.

Con la sentenza in esame, la Suprema corte ha accolto il ricorso degli imputati limitatamente al tema dell'elemento soggettivo, richiamando il giudice del rinvio a optare per una riqualificazione dei fatti in termini di omicidio preterintenzionale, ove non ritenga di poter motivare più accuratamente riguardo la sussistenza del dolo di omicidio. Solo in tale passaggio

finale, tuttavia, la Cassazione ha dissentito dai giudici d'appello. Per il resto, ha infatti aderito all'impostazione teorica di fondo della sentenza impugnata, che peraltro è del tutto in linea con una ormai consolidata tradizione giurisprudenziale.

Profili di tipicità del trattamento medico-chirurgico

Il quadro teorico che è necessario brevemente ripercorrere prende le mosse dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema della legittimazione del trattamento medico⁴.

Come noto, esso vedeva due principali posizioni contrapposte⁵. Secondo una prima tesi, l'atto medico-chirurgico – già la mera resezione dei tessuti – costituirebbe sempre un fatto di lesioni tipico, bisognoso, sul piano dell'antigiuridicità, di essere scriminato dal valido consenso del paziente⁶. Per l'opposta opinione, invece, la questione si risolverebbe già sul piano della tipicità: ogni atto terapeutico sarebbe di per sé atipico. E ciò indipendentemente dal suo esito fausto o infausto, giacché gli atti terapeutici si autolegittimerebbero in ragione della loro importanza sociale⁷.

L'importante sentenza *Giulini*, resa dalla Cassazione a Sezioni unite nel 2008, ha posto fine alla disputa in giurisprudenza, aderendo a una posizione intermedia⁸ fra le due citate.

In tale decisione, la Suprema corte ha innanzitutto rivisitato la stessa tipicità del delitto di lesioni, riformulando la nozione dell'evento malattia. Rispiegando la consolidata tesi giurisprudenziale della malattia come mera alterazione anatomica dell'organismo, naturalisticamente apprezzabile, la Corte ha sostenuto

¹ Cass. pen., Sez. V, 22 giugno 2013, n. 35104, Brega Massone, in *de jure*, che tuttavia dichiarava prescritti i reati di truffa e falso contestati, nonché parte delle lesioni.

² Oltre, come nel primo processo, a vari delitti di truffa e falso, nonché a ulteriori quarantacinque imputazioni per lesioni volontarie aggravate.

³ Ass. Milano, Sez. I, 9 aprile 2014, Brega Massone, in *www.penalcontemporaneo.it*, 15 dicembre 2014, con nota di M. Montanari, *La sentenza della Corte d'Assise di Milano sul caso Santa Rita (c.d. "clinica degli orrori")*, commentata anche da P. Astorina Marino, *Il dolo del medico: tra tipicità sociale dell'attività medica e "specialità" dell'elemento soggettivo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, 171 e segg.; Ass. App. Milano, Sez. I, 21 dicembre 2015-13 giugno 2016, Brega Massone, inedita.

⁴ Esigenze di sintesi ci impongono di contenere i richiami bibliografici ai soli essenziali indicati nelle note seguenti. Per maggiori riferimenti, nonché per un più ampio inquadramento teorico, sia consentito rinviare al nostro A. Cappellini, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 933 e segg.

⁵ Accomunate dal ricondurre le offese rilevanti al novero dei delitti contro l'incolumità fisica. Una corrente minoritaria, invece, prefigura la possibilità già *de jure condito* di ravvisare nel trattamento medico arbitrario illeciti lesivi dell'autodeterminazione dei singoli: per tutti, L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penalistici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995, 727 e segg.; A. Manna, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 449 e segg.

⁶ In dottrina, per tutti: F. Viganò, *Profili penali del trattamento*

chirurgico eseguito senza il consenso del paziente, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 141 e segg.; R. Blaiotta, *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.*, 2005, 3599 e segg.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 8a ed., Padova, 2013, 279-281. In giurisprudenza, paradigmatica nel suo rigore, quanto criticata, Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. Pen.*, 1993, 63 e segg., con nota di G. Melillo.

⁷ In dottrina, già C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 17 e segg.; più di recente G. Caruso, *Il trattamento medico-chirurgico arbitrario tra "lettera" della legge e "dimensione ermeneutica" del fatto tipico*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1013 e segg.; in giurisprudenza, emblematica la nota sentenza Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, Volterrafi, in *Cass. Pen.*, 2003, 1945 e segg., con commento di G. Marra.

⁸ Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, Giulini, in *Foro It.*, 2009, II, cc. 305 e segg., con nota di G. Fianduca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; commentata altresì da M. Pelissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 447 e segg.; S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, 1060 e segg.; F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1811 e segg. In dottrina, l'orientamento era già stato prefigurato da F. Grisignoli, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, 241 e segg.; più di recente, per tutti, F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 398 e segg.

l'opportunità di un più complesso giudizio di bilanciamento costi/benefici per la salute del paziente derivanti dall'intervento. Nel campo medico, costituzionalmente privilegiato ex art. 32 Cost., l'evento tipico delle lesioni – la malattia – viene così a coincidere con l'esito infausto del trattamento, da intendersi come peggioramento complessivo delle condizioni di salute del paziente.

In ogni caso, se l'esecuzione sia stata conforme alla *lex artis* e in presenza di un previo valido consenso informato del paziente, l'esito sfavorevole dell'intervento sarà comunque privo di anti-giuridicità grazie all'operare di quella che le Sezioni unite hanno chiamato "scriminante costituzionale", ovvero una causa di giustificazione direttamente fondata sull'art. 32 della Costituzione. In mancanza del consenso o della conformità alla *lex artis*, si è invece in presenza dei presupposti per la configurabilità delle lesioni (o dell'omicidio) nella sua forma colposa⁹.

Dalle lesioni dolose...

Nel quadro teorico tracciato dalle Sezioni unite *Giulini*, pare dunque che una casistica di responsabilità dolosa possa iniziare a ritrovarsi solo quando si assumano sia un esito infausto dell'intervento, sia la mancanza di un valido consenso del paziente, sia una conduzione dell'atto medico non in conformità con la *lex artis*. Terreno, questo della configurabilità del dolo in ambito medico, non approfondito dalla pronuncia *Giulini*, ma rispetto al quale la giurisprudenza successiva non ha mancato di fornire precisazioni.

In una serie di pronunce, la Cassazione ha riconosciuto il dolo "eventuale" di lesioni in corrispondenza di una venatura di illiceità del contesto: l'aver carpito il consenso del paziente con la frode¹⁰, o l'avergli

maliziosamente sottaciuto la mancanza della qualifica professionale in capo al proprio assistente operante¹¹, uniti a una conduzione particolarmente grossolana degli interventi, sono stati riconosciuti come elementi tali da corroborare l'ipotesi della messa in conto di un possibile esito sfavorevole del trattamento medico, poi avvenuto, pur di lucrare i compensi derivati dall'esercizio della professione sanitaria in regime privatistico¹².

Un dolo di lesioni pieno, addirittura nella sua forma "diretta", è stato invece ravvisato ove il trattamento sanitario sia stato qualificabile come terapeutico solo in apparenza, quando in realtà l'atto non poteva obiettivamente dirsi finalizzato alla cura del malato. Tale profilo è reputato sussistente già solo quando la scelta di intervenire, o di intervenire in un certo modo, sia stata giudicata oggettivamente estranea ai canoni dell'arte medica. Massimamente, tuttavia, esso è emerso ove sia stata ritenuta provata una motivazione soggettiva "altra" – narcisistica, o di profitto privato – in capo al medico agente. In tali casi, infatti, il sanitario agisce con la consapevolezza di compromettere con certezza l'integrità fisica del paziente, dal momento che la manomissione del suo corpo per mezzo dell'atto solo apparentemente medico non è accompagnata da beneficio alcuno per la sua salute. Perde addirittura del tutto significato parlare di esito infausto dell'intervento, dal momento che l'atto cadrà inevitabilmente fuori dal novero di quelli terapeutici, significativi ex art. 32 Cost., risultando così, nella sua tipicità, suggestivamente quasi più vicino al colpo di coltello del criminale di strada che a un atto medico vero e proprio. In questo senso si è espressa con particolare chiarezza la Cassazione, peraltro in un precedente specifico, relativo al primo filone processuale della vicenda in analisi¹³.

⁹ Un orientamento dottrinale invece sostiene la configurabilità del dolo anche nel caso in cui la *lex artis* sia stata rispettata, ma deliberatamente infranta la regola del consenso (R. Blaiotta, *Anche dopo le Sezioni unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass. Pen.*, 2010, 3367; F. Viganò, *Profilo penale*, cit., 185-186). Tale tesi, proveniente dal filone teorico che vede sempre nel trattamento medico non scriminato un fatto tipico di lesione (*retro* nt. 6), risulta tuttavia incoerente con la nozione di malattia fornita dalla sentenza *Giulini*, per cui l'evento delle lesioni non è tanto l'intervento in sé, ma il suo esito sfavorevole, che non può essere voluto dal medico fintantoché questi si muova nell'area del rischio consentito: ciò in conformità all'assunto base di posizioni teoriche per il resto molto distanti tra loro (M. Donini, voce "Imputazione oggettiva dell'evento" (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, Annali III, 2010, 695 e segg.; G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 25 e segg.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 105 e segg.; F. Mantovani, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1045 e segg.). Preferibile è dunque la tesi che inquadra i casi in discussione sempre nell'area della colpa (Per tutti, P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. Marinucci-E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale - parte speciale*, III, 2, Padova, 2003, 305-313).

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, Petretto, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1321 e segg., con nota di G. Iadecola, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*; commentata altresì da M. Barni, *Impunità, colpa o dolo del chirurgo: tutto – o quasi – dipende dall'esito*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2010, 759 e segg. Più di recente, aderente a tali principi, nel rimarcare l'irriducibilità della parziale omissione di informazioni al paziente al paradigma dell'inganno, Cass. pen., Sez. V., 24 novembre 2015, n. 16678/2016, Crotti, in *Italggiure*.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 3222/2012, Guzikina, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2012, con nota di P. Piras, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, commentata anche da G. Palmieri, *Lesioni provocate da intervento chirurgico compiuto senza il consenso informato del paziente. Responsabilità del soggetto che consente a chi non abbia le abilitazioni normative di svolgere tale attività sanitaria*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2314 e segg., e annotata da A. Salerno, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 1273 e segg.; conforme Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 48074, Pasqualini, relativa al medesimo caso e pronunciata nei confronti dell'assistente non abilitato. Più di recente, in senso analogo, Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 19554, Tettamanti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016, con nota di P. Piras, *La non obbligatorietà del bilanciamento nell'accertamento del dolo eventuale*.

¹² Fine enunciato (ma non provato) nel caso *Guzikina*, e rimasto inespresso in *Petretto*.

¹³ Cass. pen., n. 35104/2013, Brega Massone, cit., al sesto mo-

Tutti questi principi sono stati integralmente richiamati dalla pronuncia in commento¹⁴. Vi è dunque netta continuità con le precedenti elaborazioni della giurisprudenza di legittimità. E, fino a questo punto, viene confermata la correttezza della ricostruzione dei giudici di merito, per la quale gli imputati si erano mossi nella certezza di cagionare un inutile e gratuito pregiudizio alla salute dei pazienti: ovvero quantomeno con dolo diretto di lesioni.

... all'omicidio preterintenzionale

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza¹⁵, ove da un trattamento "terapeutico" inutile, o addirittura strumentalizzato per fini "altri", derivi il decesso del paziente, non potrà configurarsi in capo al medico operante il reato di omicidio nella sua forma colposa, quanto piuttosto in quella preterintenzionale, salvo non risultino addirittura gli estremi del dolo eventuale del più grave evento morte.

Anche rispetto a tale principio giurisprudenziale la sentenza in commento ritiene di aderire¹⁶. Poiché nel caso concreto è sussistente un profilo soggettivo pari al dolo diretto di lesioni, la Cassazione avalla il ragionamento dei giudici di merito e non ravvisa spazio alcuno per la configurabilità dell'omicidio colposo. Il fatto mortale andrà dunque qualificato quantomeno come preterintenzionale.

Così non sarebbe ove il profilo soggettivo degli agenti fosse qualificabile come dolo solo eventuale di lesioni. Soltanto il dolo "diretto" (o intenzionale) di tale reato viene infatti ritenuto sufficiente a integrare gli estremi degli "atti diretti a commettere" un delitto di percosse o lesioni, di cui all'art. 584 c.p.

Tale soluzione ermeneutica, maggioritaria in dottri-

na, è dominante tuttavia soltanto in un filone settoriale della giurisprudenza, relativo proprio all'ambito medico-chirurgico¹⁷; mentre i più recenti orientamenti della Cassazione, riguardanti settori di preterintenzionalità più "classici"¹⁸, non ravvisano la descritta incompatibilità.

Peraltro, va osservato come la pronuncia in analisi si ostini a riproporre, in modo tutt'altro che isolato in giurisprudenza, una struttura della preterintenzione ancora in termini di dolo misto a responsabilità oggettiva¹⁹. Viene così meno la necessità di verificare la sussistenza della prevedibilità in concreto dell'evento, che discenderebbe da un'interpretazione della preterintenzione conforme al principio di colpevolezza. Di conseguenza, il profilo soggettivo dell'omicidio preterintenzionale va esattamente a collimare con quello del dolo diretto di lesioni: tracciando così una figura sostanzialmente unitaria e contrapposta al meno pregnante dolo eventuale di lesioni.

Il dolo e il suo accertamento alla luce delle Sez. un. Thyssen

Come accennato, è solo rispetto all'ultimo passaggio del ragionamento dei giudici di merito, che avevano ravvisato gli estremi del dolo eventuale di omicidio nei quattro casi di decesso del paziente, che la Suprema corte si trova in dissenso.

Prima di affrontare la questione, è opportuno richiamare brevemente i più recenti sviluppi giurisprudenziali e i loro profili problematici in tema di dolo eventuale e del suo accertamento, verificatisi a partire dalla nota pronuncia a Sezioni unite resa nel caso *ThyssenKrupp*²⁰.

tivo del ricorso di B. M.; in senso analogo, ricostruenti però sul medesimo profilo soggettivo il delitto di cui all'art. 584 c.p., in ragione dell'intervenuto decesso del paziente, cfr. *infra* le pronunce richiamate nella nt. 15.

¹⁴ Considerato in diritto, par. 2 (16-21).

¹⁵ La pronuncia più significativa è senza dubbio Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, 237 e segg., con note di A. Fiori-D. Marchetti-G. La Monaca, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della sentenza della Cass. Pen., Sez. IV, n. 34521/2010*, e di S. Fucci-M. Barni-E. Turillazzi, *Consenso informato e malattia: concetti di cui i medici legali vorrebbero tener "ambo le chiavi del cor" della Suprema Corte*. Più di recente Cass. pen., Sez. V, 28 giugno 2011, n. 33136, Gallotti, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 267 e segg., con nota di G. Rotolo, *Interventi terapeutici per soldi: il "cattimo cardiocirurgico" in una recente sentenza della Cassazione*; Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2016, n. 38105, Rinaldi, in *Italgire*; ma già, precedenti anche alla sentenza *Giulini*, Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, Barese, in *Cass. Pen.*, 2002, 517 e segg., con nota di G. Iadecola, e Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 11335, Huscher, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 66 e segg., con nota di G. Pietra, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*.

¹⁶ Considerato in diritto, par. 11.1 e 11.2 (pp. 35-36).

¹⁷ Oltre alla pronuncia Barese e alle due Huscher sopra richiamate, in tal senso la giurisprudenza tradizionale: Cass. pen., Sez. I, 5 luglio 1988, n. 4904/1989, Pagano, e Cass. pen., Sez. I, 23 ottobre 1997, n. 2587/1998, Di Gregorio, entrambe in *Italgire*. In dottrina, per tutti: F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*,

I, *Delitti contro la persona*, IV ed., Padova, 2011, 109-110; L. Eusebi, *I confini dell'intervento sanitario indebito: la nozione di "lex artis" e il consenso ad atti non proporzionati*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, 1394.

¹⁸ Cass. pen., Sez. V, 12 novembre 2008, n. 44751, Sorrentino; Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2008, n. 4237/2009, De Nunzio; Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2010, n. 40202, Gesuito, tutte in *Italgire*.

¹⁹ Con una massima, purtroppo sempre più diffusa, per cui la preterintenzione non sarebbe costituita "da dolo e responsabilità oggettiva, né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di lesioni (o percosse)", in quanto "la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto punito dall'art. 584 c.p. [...] è nella stessa legge" (p. 36). Ma cosa è una presunzione legislativa assoluta di prevedibilità dell'evento se non responsabilità oggettiva?

²⁰ Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 settembre 2014. Moltissimi i successivi contributi sul tema: per tutti, G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1938 e segg.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ivi*, 1953 e segg.; Id., *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 589 e segg.; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, *ivi*, 77 e segg.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, *ivi*, 559 e segg.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, *ivi*,

Com'è noto, tale decisione ha tentato di portare un po' d'ordine in una materia caotica e incandescente dal punto di vista sia teorico che pratico. Rigettata la tradizionale definizione facente capo all'accettazione del rischio – formula di maniera in passato utilizzata per coprire *rationes decidendi* in realtà fondate su intuizioni eticizzanti del giudice – le Sezioni unite hanno riaffermato con nettezza la natura ineludibilmente psicologico-volontaristica del dolo anche nella sua forma eventuale. Rispetto a tale punto, vi è stato un sostanzialmente unanime apprezzamento della dottrina italiana, preoccupata dalle forti tendenze normativizzanti patrocinati da una larga fetta della letteratura straniera²¹.

Tuttavia, un piglio definitorio probabilmente un po' troppo "ecumenico" non ha condotto alla chiarezza che – forse ingenuamente – ci si attendeva. L'apparente opzione generale proprio per la teoria economicista, o del bilanciamento, per cui sia ha dolo eventuale quando l'evento non direttamente voluto è visto come prezzo eventuale da pagare per conseguire i propri obiettivi egoistici²², parrebbe coniugarsi con l'assunto, autorevolmente patrocinato in dottrina, per cui la conferma del dolo eventuale non possa prescindere dall'individuazione dei concreti motivi ad agire dell'agente²³: eppure, dopo alcune oscillazioni, la Cassazione non ha esitato a confermare una condanna per omicidio volontario in un caso in cui, pur nella mancata individuazione dei motivi, il restante quadro indiziario unanimemente militava nella direzione del dolo eventuale²⁴. Inoltre, la "degradazione" della prima formula di Frank da definizione generale a indicatore – peraltro privilegiato²⁵ – del dolo eventuale, parrebbe aver introiettato nella teorica economicista più rigidi standard di rilevanza del dolo eventuale, che non le erano propri²⁶.

Queste sfocature definitorie, di estremo rilievo in

altri settori, non giocano tuttavia un ruolo significativo in quello medico. I suoi intrinseci caratteri di razionalità e ponderatezza, infatti, rendono inverosimile un dolo che non si radichi su dei motivi egoistici ben definiti²⁷. Ancora, esso può sovente rispondere positivamente anche al criterio controfattuale di cui alla prima formula di Frank, collocandosi tendenzialmente fuori dall'area del "fallimento del piano": il verificarsi dell'evento morte del paziente non pregiudica di per sé il fine egoistico perseguito dall'agente, né necessariamente comporta conseguenze per lui negative, potendo questi – almeno inizialmente – nascondere il fatto tra gli insospettabili decessi fisiologicamente connessi all'esercizio dell'attività chirurgica²⁸.

L'altro grande tema affrontato dalla sentenza *Thyssen* dopo la definizione del dolo eventuale, e cioè quello del suo accertamento, ha visto emergere il ruolo degli indicatori, ovvero degli indizi attraverso cui ricostruire in via, appunto, indiziaria la realtà psicologica "analogica alla volontà" che contraddistingue il dolo nella sua forma eventuale.

L'emersione degli indicatori, vista come un tentativo di contenere l'arbitrio del giudice nel momento dell'accertamento, è in sé indubbiamente positiva. Tuttavia, il catalogo esposto nella sentenza *Thyssen* è stato forse concepito più come un'acritica raccolta degli indici concretamente utilizzati dalla Cassazione nelle sue precedenti pronunce, piuttosto che un presidio garantistico nella delicata fase della prova del dolo. Infatti, non si è approfondita la significatività probatoria di ciascun indicatore, né singolarmente, né – soprattutto – nel suo coordinarsi con gli altri; non si è fornita una gerarchia, o una qualunque altra regola per dirimere contrasti tra indici di segno opposto, eventualità inevitabile in presenza di un catalogo così ampio, e per di più "aperto" a eventuali ulteriori

623 e segg.; R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 e segg.; K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. Pen.*, 2015, 490 e segg.; G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, *ivi*, 4624 e segg.; S. Raffaele, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2015, 4, 402 e segg. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sul dolo eventuale in generale, sia lecito rinviare al nostro A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 giugno 2015.

²¹ Per tutti: C. Roxin, *Über den "dolus eventualis"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1201 e segg.; G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011; B. Feijóo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, in *Cuad. pol. crim.*, 1998, 269 e segg.

²² Nella dottrina italiana, formulata in *primis* da S. Prosdociimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 32 e segg.

²³ M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in D. Brunelli (a cura di), *Il*

"mistero" del dolo eventuale, Torino, 2014, 35 e segg.; ma già, similmente, P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 135 e segg., specialmente 147-148.

²⁴ Cass. pen., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45997, Beti, in *Giur. it.*, 2017, 942 e segg., con nota di G.P. Demuro, *Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*.

²⁵ L'indicatore "più importante" a giudizio della sentenza *Thyssen* (Cass. pen., n. 38343/2014, Espenhahn, cit., 187).

²⁶ Ci riferiamo qui alla discrasia per cui tutta l'area del c.d. "fallimento del piano", ovvero la casistica in cui la realizzazione dell'evento collaterale non direttamente voluto vaporificerebbe gli stessi fini egoistici perseguiti dall'agente, andrebbe espulsa dal piano del dolo eventuale in base alla prima formula di Frank, mentre potrebbe ancora trovarvi cittadinanza nell'ottica della teoria del bilanciamento, ove l'agente ritenga il proprio obiettivo così importante da rischiare tutto, anche la possibilità di perderlo definitivamente, nel tentativo di conseguirlo (cfr. G. Di Biase, *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank*, in *Ind. Pen.*, 2015, 420 e segg.).

²⁷ Quello dell'imprescindibilità o meno dei motivi è invece un problema che emerge perlopiù nei settori "d'impeto", dove sovente un "bilanciamento" in concreto non vi è stato per mancanza di margini temporali di riflessione (per tutti, G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite*, cit., 1952).

²⁸ Cfr. *amplius infra*, nt. 37.

indicatori "fuori lista" che il giudice ritenga significativi nel caso concreto²⁹.

La natura *flow* dello stesso concetto di indizi-indicatori, va detto, non ammette certo regole inferenziali rigide, che ingabbino del tutto il principio del libero convincimento del giudice in materia di prova. Tuttavia, un qualche criterio ordinativo di natura almeno tendenziale sarebbe stato certamente preferibile a una mera elencazione alla rinfusa, priva financo di un apparente ordine logico.

Il rischio – si capisce – è che da strumento di garanzia *soft*, capace di rendere quantomeno necessaria l'esplicazione in sede motivazionale delle inferenze sottese all'accertamento del dolo, gli indicatori diventino mere giustificazioni a posteriori, preconfezionate, di decisioni in realtà assunte su ben altre incontrollabili basi³⁰.

Gli indicatori del dolo nel caso di specie

Il rischio di derive intuizionistiche e irrazionali, sempre presente nella materia del dolo eventuale, pare essere stato scongiurato dalla pronuncia in commento, con riferimento alla prova del dolo di omicidio nel settore medico-chirurgico. La censura mossa dalla Cassazione ai giudici di appello, infatti, si impernia proprio sull'uso parziale e incompleto che questi avrebbero fatto del catalogo enunciato dalla sentenza *Thyssen*, valorizzando solo alcuni degli indicatori enumerati. Oltretutto, gli indicatori considerati dai giudici di appello sarebbero sostanzialmente gli stessi in base ai quali era già stato ritenuto provato il dolo diretto di lesioni³¹.

Il dolo dell'evento morte, invece, inteso come accettazione di un accadimento più grave e ulteriore, è un fatto psichico diverso e maggiore rispetto alla consapevolezza di stare arrecando un pregiudizio certo alla salute del malato. Si tratta dunque di un diverso oggetto dell'accertamento, che necessita l'integrazione di una più rigorosa "soglia" probatoria, da raggiungersi attraverso un'analisi più completa e coordinata degli indicatori caratterizzanti il caso concreto³².

Il dolo eventuale di omicidio – conclude dunque la sentenza in analisi – può essere apprezzato solo attraverso un'analisi globale e unitaria del quadro indiziaro complessivo. In esso – pare di capire – nessun indicatore può essere trascurato; e, qualora uno di essi non paia suggerire un profilo doloso, il dolo "complessivo" potrà essere confermato soltanto ove il giudice sia capace di motivare nel dettaglio: o spiegando

perché la discrasia sia in realtà solo apparente, oppure segnalando perché nel caso concreto l'apporto di tale indice non sia capace di intaccare l'alta credibilità razionale comunque raggiunta nel giudizio sintetico-globale riguardante l'intero compendio probatorio. In questo senso, dunque, l'utilizzo degli indicatori pare forse finalmente avviarsi verso l'assunzione di un qualche statuto regolativo, che abbia almeno valenza settoriale.

Scendendo nel dettaglio dei singoli indicatori, non si può che condividere il giudizio della Cassazione circa la lacunosità dell'esame effettuato dal giudice di appello.

Più in particolare, la sentenza impugnata si era soffermata quasi solo su indici di natura oggettiva: l'assoluto esorbitare delle condotte tenute rispetto a quelle, alternative, realmente terapeutiche; la ripetizione del medesimo schema seriale di interventi inutili per due anni su un numero elevatissimo di pazienti, superiore a cento; le condotte, successive ai decessi, di mancata esecuzione delle autopsie, al fine di celare le proprie dolose responsabilità; l'alta probabilità in un'ottica *ex ante* di verificazione degli eventi mortali, stanti le precarie condizioni di salute delle vittime prima di essere operate, l'elevata età e comunque il grave stato di malattia in cui versavano.

Per quanto attiene agli indicatori soggettivi, ad eccezione di quello principe della finalità economica degli interventi, il giudice d'appello evidenziava un solo, generico, indice relativo alla "personalità del capo équipe"³³, emersa dalle intercettazioni, ostinatamente determinato al perseguimento dei propri fini e disinteressato alla sorte dei pazienti.

A tale scenario la Cassazione pone una serie di censure specifiche³⁴. Alcune sono relative a possibili valutazioni alternative di indicatori già considerati dalla sentenza di appello: l'aver operato un tentativo salvavita *in extremis* messo in atto (pur senza successo) nel corso di uno degli interventi mortali incriminati, con riferimento al comportamento susseguente al fatto, insieme alla compatibilità, anche rispetto a profili di responsabilità non dolosa, delle successive condotte di "insabbiamento" delle proprie colpe; l'esiguo numero di decessi accertati in conseguenza degli interventi truffaldini rispetto al numero totale di questi ultimi, con riferimento alla probabilità di verificazione dell'evento secondo la prospettiva *ex ante* dell'autore³⁵.

Altre censure sono relative alla totale pretermissione di alcuni indicatori, tutti di natura soggettiva: da un

²⁹ A onor del vero, l'art. 192, 2° comma, c.p.p. già conosce una regola generale di valutazione degli indizi, come noto basata sui canoni di necessaria gravità, precisione e concordanza. Il tema del rapporto tra tale norma e gli indicatori del dolo meriterebbe di essere specificamente approfondito. Ci pare, infatti, che le due questioni non possano essere integralmente sovrapposte: anche solo notando come – nel dolo – il fatto storico da provare sia psichico e non appartenente al mondo esteriore.

³⁰ Cfr. G. De Vero, *Dolo eventuale*, cit., 89; T. Rafaraci, *Ricostruzione del fatto e prova dell'elemento psicologico*, in R. Borsari-L. Sammiceli-C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus*, Padova,

2015, 141.

³¹ Considerato in diritto, par. 11.6 (40-43).

³² Indicatori che tuttavia, va rilevato, sono pur sempre gli stessi tratti dal catalogo proposto dalla sentenza *Thyssen*.

³³ Ass. App. Milano, Brega Massone, cit., 308, indicatore peraltro non presente nel catalogo *Thyssen*.

³⁴ Considerato in diritto, par. 11.6 (41-43).

³⁵ Nonché – aggiungiamo noi – connesso al profilo della fiducia soggettiva che il fatto non si sarebbe verificato. Tutte obiezioni contro cui, a nostro giudizio, non è agevole argomentare.

lato, la storia e le pregresse esperienze degli autori, con riferimento alla fiducia soggettiva autoingenerata nelle proprie capacità di governare il rischio operatorio³⁶; dall'altro, le possibili conseguenze negative per gli stessi agenti, derivanti dall'attrarre su di sé l'attenzione dell'autorità giudiziaria in caso di verifica della morte in sala operatoria o subito dopo, da valorizzare anche attraverso il ricorso al giudizio controfattuale della prima formula di Frank³⁷.

Come si vede, sono tutti rilievi puntuali e di dettaglio: e proprio la minuzia dell'analisi, a nostro avviso, oltre al piglio regolativo generale prima descritto, potrebbe far ben sperare circa le prospettive evolutive della tematica degli indicatori.

Osservazioni conclusive

Concludendo, ci sembra dunque che la pronuncia in analisi si ponga sulla buona strada di iniziare a regolare e approfondire la materia degli indicatori del dolo, quantomeno nel settore di riferimento. A livello generale, tale "stretta" riteniamo sia sempre più necessaria, allo scopo di contenere la discrezionalità, altrimenti quasi assoluta, del giudice nel momento dell'accertamento; in special modo in una fase dove le sfocature definitorie del dolo eventuale – sospeso tra controfattuale alla stregua della prima formula di Frank, bilanciamento con indispensabilità dei motivi all'azione e bilanciamento anche a prescindere da essi – mantengono sfumato lo stesso oggetto della prova indiziaria.

Tuttavia, è anche possibile che questa tendenza chiarificatrice sia più figlia di logiche di settore, interne all'ambito del trattamento medico-chirurgico, che di preoccupazioni garantistiche di ordine generale.

Va infatti osservato come quello in esame sia l'unico comparto, tra tutti quelli a base lecita in cui si è conosciuta un'espansione del dolo eventuale, in cui venga in gioco la figura dell'omicidio preterintenzionale.

In altri ambiti, come ad esempio nell'incidentistica

stradale o nell'infortunistica lavorativa, condotte temerarie al limite tra dolo e colpa si caratterizzano per uno schema di fatto in cui, a fronte dell'attivazione di un rischio elevatissimo, morte o lesioni si frongono come prospettive *alternative*, non consequenziali, l'una all'altra: e rispetto alle quali il dolo eventuale si attinge, appunto, come alternativo. L'effetto di tutto ciò è che la "soglia" di rilevanza di tale contegno doloso è tendenzialmente unitaria sia per le lesioni che per l'omicidio³⁸; sebbene poi talvolta mere considerazioni giudiziali di politica sanzionatoria portino a essere più rigorosi circa l'integrazione del dolo eventuale di omicidio rispetto a quello di lesioni. Il dolo è dunque di natura sempre eventuale anche per le lesioni, e nessuno spazio pare residuare per l'omicidio preterintenzionale.

Nel settore medico-chirurgico, invece, lesioni e morte si sono da sempre poste in una prospettiva, per così dire, *progressiva*, "sequenzializzata". Ciò era particolarmente evidente in costanza del vecchio orientamento che vedeva nel mero "mettere le mani" sul paziente un fatto tipico consumato di lesioni³⁹; ma così è sostanzialmente rimasto anche dopo il *revirement* relativo al concetto di malattia operata dalla sentenza *Giulini*, giacché la casistica in cui può configurarsi l'omicidio preterintenzionale o volontario presuppone – come già visto – l'oggettiva non terapeuticità dell'atto, che fa regredire la tipicità "speciale" delle lesioni in ambito medico, fondata sull'art. 32 Cost., alla tipicità "comune" già sostenuta in costanza del precedente orientamento⁴⁰.

È proprio tale sequenzializzazione tra lesioni e morte, nel settore medico, che consente l'inserimento dell'omicidio preterintenzionale come *tertium* intermedio tra l'omicidio colposo e doloso, con plurimi effetti.

Anzitutto, ciò ha comportato – a livello settoriale – la triplicazione delle soglie di rilevanza del dolo: dolo eventuale di lesioni, omicidio preterintenzionale (*reatus*, dolo diretto di lesioni) e dolo eventuale di omi-

³⁶ Corrispondenti al terzo e al decimo indicatore del catalogo *Thyssen*. Rispetto ad essi, potrebbe osservarsi che, almeno riguardo ai casi più recenti di morte del paziente tra quelli contestati, non è credibile sostenere che i medici ritenessero di poter "schermare il rischio" grazie alle proprie abilità, dal momento che già altre volte – cioè con riferimento ai decessi avvenuti per primi – avevano clamorosamente fallito.

³⁷ Tali rilievi, relativi all'ottavo e all'undicesimo indicatore della sentenza *Thyssen*, sono invece a nostro giudizio facilmente superabili. Le conseguenze negative per gli agenti – devastanti nell'entità – si sarebbero (e effettivamente si sono) manifestate solo alla scoperta dell'intero sistema truffaldino. I singoli episodi di morte di un paziente ben sono stati inizialmente nascosti nel numero dei decessi fisiologici nell'esercizio dell'attività chirurgica, elevato su pazienti di tal tipo (malati oncologici gravi, molto anziani). La verifica dell'evento non fa – subito – fallire il piano: e il "sistema", non a caso, è proseguito integro finché non è stato smascherato (perdipiù a partire da incongruenze statistiche sui decessi, e non dalle denunce delle singole vittime). *Amplius* A. Cappellini, *L'orizzonte del dolo*, cit., 967-968.

³⁸ Non soltanto è equiparato il livello del rischio, ma anche la previsione (e volizione) dell'evento. Quest'ultimo, infatti, tende in

tal modo a porsi come un tipo, una classe di fatti, il cui "baricentro" descrittivo ricade sulla verifica o meno di una sorta di "incidente d'inesco" (l'impatto tra veicoli, l'incendio nello stabilimento, tutti potenzialmente mortali). La concreta evoluzione verso uno specifico risultato morte oppure lesioni sembra invece quasi riassorbita nella sua rilevanza da tale "baricentro" concettuale, apparendo come una sorta di *post factum* casuale di cui non può essere ragionevolmente pretesa un'accurata descrizione *ex ante* da parte dell'agente, pena l'insostenibilità di qualsivoglia nesso soggettivo con il fatto. V. anche *infra* la nt. 40.

³⁹ V. *retro* la nt. 6.

⁴⁰ Il motivo di tale sequenzializzazione risiede, riteniamo, nella specifica direzionalità in cui è incanalato il rischio, la quale permette una descrizione individualizzata e più accurata dell'evento lesivo ("morte del paziente X, dal quadro clinico Y e a seguito di intervento Z", e non "incidente stradale potenzialmente mortale a vittima indeterminata"); e con essa la possibilità di discernere tra profili soggettivi dolosi che si attagliano a differenti stadi di previsione e accettazione di questo "evento progressivo", sempre più avanzati e specifici, in base alla diversa quantità e qualità di materiale probatorio volta disponibile.

cidio. Tale innaturale "triplicazione del dolo", nel tentativo di marcare artificialmente una tripartizione tra tipi di fatti, anche criminologicamente discutibile⁴¹, non può che condurre verso un'indebita divaricazione delle tre soglie di rilevanza del dolo. Così, da un lato si osserverà un arretramento eccessivo del dolo eventuale di lesioni, secondo logiche di tipo d'autore che vadano sostanzialmente a punire medici "malvagi" che abbiano ingannato il paziente⁴². Dall'altro, all'opposto, si assisterà – come nel caso di specie – a un irrigidirsi dei requisiti d'accesso al dolo eventuale d'omicidio, nel tentativo di disegnare uno stacco quanto più significativo rispetto alla preterintenzione.

Un irrigidimento, questo, in sé indubbiamente positivo. Tuttavia, esso pare originare – lo abbiamo visto – più dalla sistematica di settore che da preoccupazioni garantistiche generali. Inoltre, pare agevolato dalla pragmatica consapevolezza che la mancata prova del dolo d'omicidio non farà ricadere il fatto nella prescrizione praticamente certa dovuta alla sua qualificazione come colposo, ma lo inquadrerà proprio nella figura "pigliatutto" intermedia dell'omicidio preterintenzionale.

La preterintenzione diviene così surrettiziamente una sorta di *recklessness* di settore, un *tertium genus* "comodo" nel suo colmare l'abisso sanzionatorio tra omicidio colposo e volontario per l'ambito medico. Anzi, per fatti gravi la preterintenzione potrebbe apparire un compromesso ottimale a fronte di considerazioni di ordine squisitamente politico-sanzionatorio: prevedendo pene effettive, comunque elevate, e conservando lo stigma sociale dell'assise, senza tuttavia cadere nel "giacobinismo" dell'omicidio volontario e dell'ergastolo, che ai più appaiono eccessivi, stonati rispetto al contesto della criminalità "da camice bianco".

Soluzione allettante, quanto insidiosa. Come già os-

servato, per l'integrazione dell'art. 584 c.p., in giurisprudenza, è sufficiente che l'atto del medico sia non terapeutico dal punto di vista oggettivo: l'eventuale prova di fini egoistici alternativi, così come ogni altro indicatore del dolo, sarà utile a corroborare la tesi, ma non necessario⁴³. La preterintenzione può dunque fondarsi su un dato solitario – l'oggettiva non terapeuticità del trattamento – peraltro equivoco⁴⁴: dove sta il confine tra un atto scientificamente eccentrico, ma ancora obiettivamente terapeutico, e uno che non lo sia⁴⁵?

Quella che rispetto al dolo di omicidio sarebbe nient'altro che una prova incompleta, insufficiente a determinarlo, basterà così a fondare la pena più mite di cui all'art. 584 c.p. La preterintenzione, sradicata dai settori a lei più familiari e ridotta a mero schema imputativo, si configurerà in ambito medico come una sorta di "dolo a metà", in cui a "prova minore" corrisponda una "pena minore" (ma pur sempre elevata ed effettiva). Un risultato siffatto, tuttavia, quasi paragonabile alla *semiplena probatio* del diritto comune⁴⁶, non può che stridere acutamente con la moderna concezione di colpevolezza.

Più che lo spauracchio dell'omicidio volontario, in sé legittimo anche in ambito medico-chirurgico, ammesso che – come pare fare la Cassazione nella pronuncia in commento – il dolo sia inteso con il necessario rigore, sono ben altre le tendenze giurisprudenziali che a nostro giudizio devono preoccupare. Tra queste, certamente, rientra la flessione del principio di colpevolezza in ragione di una presunta equità punitiva, che si accontenti di forme incomplete e parziali di dolo, come pare fare senza troppe critiche la giurisprudenza di settore rispetto alla casistica dalle conseguenze sanzionatorie meno appariscenti: dal dolo eventuale di lesioni, al dolo diretto integrante gli estremi dell'art. 584 c.p.

⁴¹ Soltanto l'omicidio volontario pare inquadrare una figura, quella del "macellaio senza scrupoli", che si potrebbe considerare presente nel sentire collettivo. Le altre due soglie paiono inquadrare delle fotocopie (forse un po' sbiadite) di tale figura, in cui il movente egoistico – vero suo tratto caratteristico – aleggi solo come un sospetto e non come un fatto provato.

⁴² V. *retro* le nt. 10 e 11: in tutti tali casi il fine lucrativo, vera ratio dello sconfinamento nel dolo, è rimasto nell'ombra, solo "ammiccato" (e neanche in tutte le pronunce), perché altro non era se non un sospetto non accertato.

⁴³ Non è necessario "che sia individuata la finalità non terapeutica perseguita dal medico (che può anche non voler perseguire uno specifico fine) essendo invece sufficiente l'estraneità dell'intervento ad ogni ipotizzabile scelta terapeutica" (Cass. pen., n. 34521/2010, Huscher, cit., 249).

⁴⁴ Così L. Eusebi, *I confini dell'intervento sanitario indebito*, cit., 1394-1395, che conclude paventando il rischio che "l'assenza di una finalità terapeutica, e pertanto il dolo di lesioni, vengano presunti sulla base della mera contrarietà alla *lex artis* che sia

ravvisata in una certa condotta medica"; similmente G. Rotolo, *Interventi terapeutici per soldi*, cit., 284; egualmente critica A. Salerno, *Il c.d. "cittimo cardiocirurgico" e la responsabilità penale del sanitario: colpa o dolo?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2014, 966.

⁴⁵ Lo statuto della scienza medica rende impossibile separare con nettezza atti terapeutici e non: l'area grigia di confine; delle scelte azzardate o disperate, risente infatti di un soggettivismo legato al caso concreto, che mai del tutto potrà farsi ingabbiare da protocolli e linee guida. Senza contare, poi, l'assurdo processuale per cui è il giudice – inevitabilmente privo di preparazione medica – chiamato a decidere sulla terapeuticità o meno dell'atto: in balia degli antitetici pareri di periti e consulenti plurititolati, e delle difese di un imputato sovente più esperto degli "esperti" medesimi.

⁴⁶ Cfr. G.P. Demuro, *Il dolo, I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, 108; F. Cordero, *Criminalità. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, 266-267; M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, 40.