

LA POSIZIONE DI GARANZIA DEL MEDICO E L'IMPUTAZIONE DELL'EVENTO ESTRANEO ALLA SUA SFERA DI COMPETENZA PROFESSIONALE, TRA PARTICOLARISMI ED ESIGENZE SISTEMATICHE

di Laura Cozzolino

SOMMARIO: 1. Una vicenda giudiziaria. – 2. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di legittimità: da situazioni 'particolari' possono derivare obblighi 'peculiari'? 2.1. 'Particolarità' delle situazioni. – 2.2. 'Peculiarità' degli obblighi e loro piano di operatività. – 3. La rilevanza del particolare nella costruzione della responsabilità medica, tra obbligo giuridico e diligenza obiettiva. – 3.1. I poteri impeditivi come elemento indefettibile negli obblighi di garanzia. – 3.1.1. I poteri impeditivi nei casi 'particolari': un inquadramento problematico. – 3.1.2. Poteri impeditivi e loro esercitabilità: il rischio che da 'situazioni particolari' derivino obblighi sganciati dalla funzione di protezione. – 4. Imputazione oggettiva e 'autoesposizione al pericolo': un criterio troppo spesso accantonato. – 5. Conclusioni.

1. Una vicenda giudiziaria.

Recentemente¹, la quarta sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata su un caso di responsabilità medica relativa al decesso di una paziente verificatosi a seguito di una malattia non rientrante fra quelle oggetto delle competenze specialistiche del sanitario. Al di là della persistente nebulosità della materia della responsabilità medica – attraversata, anche a seguito dei recenti interventi legislativi di riforma², da incertezze profonde – la Corte ha sfruttato solo parzialmente l'occasione per sondare un fondamentale elemento oggettivo della tipicità della condotta omissiva³: la posizione di

¹ Cass. pen., Sez. IV, 7 gennaio 2016 (dep. 18 gennaio 2016), n. 1846, Pres. Ciampi, Rel. Dell'Utri, in *De Jure*.

² Ci si riferisce al d.l. n. 158/2012, convertito nella l. n. 189/2012, riformata dalla l. n. 24/2017 (c.d. legge Gelli).

³ In argomento, tra i tanti, F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, Torino, 1933, p. 4 ss.; F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, estratto dalla *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, p. 3 ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, p. 895 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 3 ss., p. 45 s.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; ID., voce *Omissione*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 546 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I - II, Padova, 1988; nella dottrina tedesca, v. spec. F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in G. DAHM - W. GLEISPACH (a cura di), *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft: Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 70 ss.; G. GRÜNWARD, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 70, 1958, p. 412 ss.; ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959; B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971; R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972; H.J. BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, 1979; C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca* (trad. it. a cura di S. Moccia), in *Studi in memoria di Giacomo*

garanzia⁴. Nella sentenza *de qua*, la sussistenza dell'imprescindibile obbligo giuridico impositivo non viene indagata, ma affermata sulla scorta della condizione psichica del soggetto 'protetto'.

L'imputato, un medico specialista in neurologia (P.), aveva in cura da anni, per problemi psichici di natura ansioso-depressiva, una donna (N.); quest'ultima morì per una neoplasia mammaria – patologia completamente estranea al campo di competenza specialistica dell'imputato –, non essendosi sottoposta né agli opportuni accertamenti diagnostici, né alle cure necessarie.

Condannato in primo grado per omicidio colposo "commesso in violazione della disciplina sull'esercizio della professione medica"⁵, l'imputato veniva assolto in sede d'appello per insussistenza del fatto⁶; l'esito opposto dei processi di merito poggiava unicamente su ragioni fattuali, derivando dal diverso peso attribuito agli scarsi elementi probatori.

In primo grado veniva data decisiva rilevanza alle deposizioni testimoniali delle parti civili, secondo cui il neurologo avrebbe trascurato, o comunque sottovalutato, «gli inequivocabili segni della malattia, non prescrivendo alla N. gli accertamenti diagnostici indispensabili, senza indirizzarla verso l'adozione degli opportuni protocolli terapeutici, persistendo nel fornire spiegazioni palesemente errate circa i sintomi denunciati dalla paziente e ricorrendo a forme di cura del tutto inappropriate»⁷.

La Corte d'Appello di Milano, invece, assolveva l'imputato sulla base di «una rilettura degli elementi di prova complessivamente acquisiti nel corso del giudizio», tale da evidenziarne «i caratteri di contraddittorietà, incertezza e ambiguità, con particolare riguardo alle dichiarazioni rese dalla figlia della paziente deceduta, ritenute non adeguatamente attendibili, e alla documentazione depositata, per lo più proveniente dalla stessa vittima, dalle quali non erano emerse conferme certe circa il tenore e il contenuto delle conversazioni intercorse tra la vittima e l'odierno imputato»⁸. Alla svalutazione della persuasività degli argomenti delle parti civili, inoltre, corrispondeva la valorizzazione delle affermazioni del professionista e di "taluni elementi testimoniali", tali da confermare l'effettivo svolgimento da parte di P. di attività di

Delitala, III, Milano, 1984, p. 2087 ss.; G. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Paderborn, 1996, p. 20 ss.

⁴ Sul tema, v. spec. F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 123 ss.; F. SCUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; G. FIANDACA, *opp. citt., passim*; G. GRASSO, *op. cit., passim*; I. LEONCINI, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 620 ss.; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 581 ss.; nella dottrina tedesca, F. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, 1938, p. 1 ss.; H. BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, in F. GEERDS - W. NAUCKE (a cura di), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, p. 119 ss.; ARM. KAUFMANN, *op. cit., spec. p. 255 ss.*; B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 220 ss.; R.D. HERZBERG, *op. cit.*, p. 206 ss.

⁵ Trib. Como, 7 febbraio 2014, in *Leggi d'Italia*.

⁶ Corte d'Appello di Milano, 9 febbraio 2015, n. 4283, in *Leggi d'Italia*.

⁷ Cass. pen., Sez. IV, n. 1846/2016, *cit.*, punto 1, in fatto.

⁸ Sent. *ult. cit.*, punto 2, in fatto.



10/2017

sollecitazione e indirizzo, perfino assistite dalla «consegna, da parte dell'imputato alla paziente, di due missive indirizzate al medico di base di questa e al professor V. (noto oncologo di fama internazionale), anch'esse in ipotesi destinate ad agevolare l'avvio di un percorso di approfondimento diagnostico e terapeutico in relazione ai malanni al seno lamentati dalla paziente», sebbene i sintomi fossero «genericamente denunciati (e dalla stessa [N.] attribuiti all'asserito graffio di un gatto)»⁹. A seguito di tali sollecitazioni, «sarebbe successivamente (e verosimilmente) seguita la falsa affermazione, resa dalla N. al P., di essersi recata presso il V., dal quale avrebbe ricevuto informazioni diagnostiche del tutto tranquillizzanti»¹⁰. Pertanto, nonostante il medico non avesse approfondito la veridicità di quanto affermato dalla paziente, la Corte d'Appello perveniva all'assoluzione del professionista, ritenendo che il suo comportamento «non integrasse alcun comportamento colposo, tenuto conto della qualifica professionale dell'imputato e del settore specialistico in relazione al quale lo stesso aveva originariamente assunto in cura la N.»¹¹.

A ben vedere, l'accertamento processuale nei giudizi di merito è incentrato pressoché esclusivamente sulla colpa dell'imputato e sulla misura della 'diligenza' a questi richiesta; resta sullo sfondo il problema dell'obbligo di garanzia, la cui sussistenza non è stata espressamente affermata prima del giudizio di legittimità.

Il ricorso, proposto dal Procuratore generale di Milano e dalle parti civili, ha censurato le decisioni di merito sotto due profili: quanto alla violazione di legge, la Corte territoriale, «trascurando il riscontro della diretta assunzione, da parte del P., di una specifica posizione di garanzia, cui ebbe a corrispondere il grave inadempimento, tanto in forma attiva quanto in forma omissiva, dei doveri ad esso correlati»¹², avrebbe erroneamente escluso la sussistenza del nesso di causalità; quanto ai vizi motivazionali, la Corte d'Appello avrebbe inopinatamente valorizzato alcuni elementi di fatto, ritenendo che l'essersi il medico attivato, per quanto poteva, per impedire l'evento-morte fosse sufficiente a scagionarlo. Infatti, tacciando d'illogicità l'intera motivazione della Corte d'Appello, i ricorrenti negano che l'aver indirizzato la paziente verso strutture specializzate possa escludere la responsabilità medica: il professionista, per essere esente da colpa, avrebbe dovuto accertarsi delle effettive condizioni dell'assistita, perfino dubitando della veridicità di quanto da essa asserito contro il proprio interesse¹³.

2. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di legittimità: da situazioni 'particolari' derivano obblighi 'peculiari'?

Nel ritenere infondati entrambi i ricorsi e nel ribadire l'esito assolutorio, la Corte di Cassazione ha affermato la correttezza della valutazione delle prove e la logicità delle

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² Sent. ult. cit., punto 5.1, in fatto.

¹³ Sent. ult. cit., punto 5.2, in fatto.

motivazioni elaborate dalla Corte d'Appello; al contempo, ha confermato una – pur vaga – “non esigibilità” di prestazioni non riconducibili all'ambito specialistico proprio dell'imputato, «potendosi al più pretendere un'avvertita sollecitazione, rivolta al paziente, di sottoporsi agli opportuni accertamenti diagnostici di carattere specialistico e alle conseguenti terapie necessarie a far fronte alle patologie sospettate che non appartengono all'orizzonte cognitivo proprio dell'agente»¹⁴ (d'ora in avanti, chiameremo 'attività d'indirizzo' tale “sollecitazione” ritenuta dalla Corte esigibile).

Tuttavia, nelle motivazioni non è specificato se tali pretese 'attività d'indirizzo' debbano operare sul piano della posizione di garanzia del medico, oppure se esse concorrano unicamente alla valutazione della 'diligenza' di quest'ultimo, operando sul piano della colpa. Le affermazioni della Corte, infatti, presentano ambiguità sul punto; il Collegio, pur ritenendo corretto l'esito assolutorio, ritiene opportuno «stigmatizzare in linea di principio» l'apodittica esclusione della “colpa” «nella condotta del sanitario che, avendo in cura la paziente in ragione dei relativi stati d'ansia o delle sindromi depressive dalla stessa denunciate, abbia trascurato di indagare la relativa situazione clinica complessiva, anche attraverso la richiesta di consegna della documentazione relativa agli esiti dei probabili esami volti ad accertare l'eventuale patologia tumorale della stessa»¹⁵ (d'ora in avanti, 'attività di verifica').

Secondo la Corte, «in presenza di rilevabili e apprezzabili indici obiettivi significativi di un prevedibile (o anche solo possibile) atteggiamento dissimulatorio del paziente psicologicamente instabile in relazione alla confessione delle proprie patologie di altra natura», «dev'essere piuttosto sancita con nettezza l'appartenenza, alla responsabilità dello psicoterapeuta (...), del mancato o trascurato approfondimento delle relative condizioni cliniche generali, dovendo in tal caso ricondursi alla responsabilità colposa del sanitario la mancata assunzione di tutte le possibili e lecite iniziative volte a indurre il paziente a indagare in modo effettivo e controllato il proprio stato di salute, e quindi ad avviarlo alla cura dei propri stati patologici, con la conseguente ipotizzabilità della responsabilità dello stesso sanitario per le prevedibili conseguenze lesive rivenienti da dette patologie»¹⁶. Nel caso *sub judice*, però, la mancata assunzione di iniziative non viene ritenuta accertata¹⁷.

Al di là dell'ostacolo probatorio, quindi, il Collegio sancisce un principio che dovrebbe valere per i casi 'particolari' in cui si riscontri la verosimiglianza o la mera possibilità di una tendenza alla sottovalutazione e alla dissimulazione da parte di un paziente che denunci sintomi astrattamente conformi a gravi patologie. In tali evenienze, al medico sarebbe richiesto il compimento di attività ulteriori a quelle di mero indirizzo per andare esente da responsabilità penale.

Perciò, da condizioni 'particolari' dovrebbero derivare doveri 'peculiari'; pare, pertanto, prioritario chiarire su quale piano essi operino. Peraltro, sia nel caso che la Corte volesse fissare una soglia di diligenza ai fini della responsabilità colposa, sia

¹⁴ Sent. ult. cit., punto 8, in diritto.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sent. ult. cit., punto 9, in diritto.

laddove intendesse, piuttosto, modulare la posizione di garanzia del medico, lo sviluppo motivazionale non sembra immune da critiche, sebbene si condivida l'esito assolutorio.

2.1. 'Particolarità' delle situazioni.

Quanto al primo punto, specifichiamo che la 'particolarità' dei casi a cui fa riferimento la Corte riguarda pazienti capaci e coscienti, che però possano avere un rapporto problematico con la realtà, tale da farli rifuggire da accertamenti su propri stati patologici: non si tratta, dunque, di disturbi psichici che vanno a menomare la capacità d'intendere e di volere. A rilevare per l'eventuale estensione dei doveri posti in capo al medico è unicamente la presenza di un'interferenza tra la "sofferenza d'indole psicologica", cui si accompagna una possibile tendenza alla dissimulazione, e "l'ambito specialistico proprio del sanitario chiamato alla cura dei disturbi d'ansia o delle sindromi depressive"¹⁸.

D'altronde, la tendenza a rifuggire gli accertamenti medici, se può essere collegata a disturbi di natura ansioso-depressiva, certamente non connota unicamente i soggetti in terapia, potendo ben riscontrarsi in chiunque non abbia neanche identificato il proprio *status* di ansietà: tali disturbi, per la loro ardua afferrabilità, infatti, si connotano per un'elevata cifra oscura¹⁹.

La delimitazione della 'particolarità' delle situazioni permette di evitare sovrapposizioni automatiche tra lo svolgimento di un'attività terapeutica volta alla cura di disturbi psichici e il conseguente sovraccarico del neurologo-psicoterapeuta, investito di una funzione generale di protezione che travalica i confini del proprio settore specialistico e finisce col conferirgli suggestivi contorni taumaturgici, invero molto lontani da una visione – giuridica e fattuale – della professione valida per il diritto penale²⁰.

2.2. 'Peculiarità' degli obblighi e loro piano di operatività.

Per attribuire un significato penalistico alle condotte, anche omissive, dello specialista e comprendere la latitudine degli 'obblighi peculiari', è prioritario dar loro una dimensione dommatica chiara e compatibile con la normativa vigente, rompendo gli indugi argomentativi della Corte.

Il ragionamento svolto dal Collegio si attesta unicamente sulla sussistenza della colpa del medico – o, più precisamente, sulla misura oggettiva della stessa – incardinata su una mera inerzia, apoditticamente collegata al verificarsi dell'evento. La Corte,

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A titolo esemplificativo, si veda il Rapporto del 2001 dell'Organizzazione mondiale della sanità sulla salute mentale, in *www.who.int*.

²⁰ Cfr. L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, pp. 4-8.

dunque, sovrappone i profili dell'ambito di tutela affidato al terapeuta e quello dell'*an* e del *quomodo* della sua diligenza mediante la valorizzazione retrospettiva dell'evento-morte²¹, con l'effetto, problematico, di consentire la responsabilizzazione del medico anche oltre i limiti della competenza professionale.

Inoltre, le indicazioni della Corte di legittimità riguardano il contenuto dell'obbligo, ma non danno conto del suo presupposto. L'esito deriva, a nostro avviso, da una palese confusione di piani, poiché sembra sfuggire alla Corte che non si può accertare la colpa a prescindere tanto dalla verifica della rilevanza penale della condotta omissiva, quanto dall'imputazione obiettiva dell'evento²². Si tratta, invero, di un'inversione metodologica molto diffusa – come sembrerebbe mostrare il frequente impiego del sintagma “colpa omissiva”²³ – che scaturisce dalla comune base ‘normativa’ dell'omissione e della colpa e fa dedurre surrettiziamente l'obbligo di agire dal dovere di diligenza²⁴. Tale procedimento, però, contrasta col nostro diritto positivo perché, per qualificare l'inerzia come omissione penalmente rilevante²⁵ e considerarla come una delle due polarità del rapporto di causalità, è necessario che sussista un obbligo giuridico impeditivo a carico dell'omittente (art. 40 cpv. c.p.)²⁶. Il che è esattamente ciò che si doveva dimostrare nel caso *de quo*.

²¹ V. D. PULITANÒ, *Introduzione*, in G.D. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica al confronto*, Milano, 2011, p. 18; per una riflessione generale sull'allocatione retrospettiva del rischio e la svalutazione del bene giuridico all'interno della c.d. “società del rischio”, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocatione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, pp. 16-17.

²² Sul tema, v. fra gli altri spec. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4^a ed., München, 2006, pp. 301-321; ID., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, trad. it. a cura di S. Moccia, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1984, p. 83 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 2^a ed., Napoli, 1992, p. 133 ss.; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva: profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, *passim*; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, Milano, 1995, p. 347 s.; T. LENCKNER, § 13 StGB, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, München, 2006, p. 130 ss.; in un'accezione parzialmente differente, A. v. HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in A. Eser - U. Schittenhelm (a cura di), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, p. 119 ss.; H. FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2008, pp. 110-123; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (dir. pen.), in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2010, p. 635 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss.; per una lettura profondamente critica, v. 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, p. 3 ss.; *amplius infra* § 4.

²³ V. G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, p. 25 ss.; ID., *Il reato come azione*, *cit.*, p. 120 s.; cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 219 ss. e pp. 282-290; L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, II, 2008, p. 566 ss., spec. p. 579 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1681 s.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1224 ss.

²⁴ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 637.

²⁵ Emblematica è la famosa espressione di Franz von Liszt, il quale – definendo l'omissione penalmente rilevante – affermava che il verbo omettere è transitivo e che, pertanto, esso va inteso non come un semplice “non fare”, quanto piuttosto come un “non fare qualcosa”; F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2^a ed., Berlin - Leipzig, 1884, p. 116.

²⁶ D'altronde, in assenza di tale obbligo vigerebbe il generale principio della facoltatività del c.d. soccorso difensivo *ex art. 52 c.p.* e del soccorso di necessità *ex art. 54 c.p.*, ribadito dalla presenza di previsioni specifiche di obblighi impeditivi a carico di determinati soggetti e dalla mancata previsione di un obbligo

3. La rilevanza del particolare nella costruzione della responsabilità medica, tra obbligo giuridico e diligenza obiettiva.

Le nozioni impiegate nelle motivazioni dalla Corte – ‘obblighi peculiari’, da un lato, e “sfera di responsabilità professionale”, dall’altro – sono inevitabilmente connesse, perché sottintendono due concetti generali: quello di obbligo giuridico *ex art. 40 cpv. c.p.* e quello di potere impeditivo.

La ‘peculiarità’ dei doveri imposti al professionista va analizzata alla luce della normativa vigente e, quindi, nell’ambito della disciplina dei reati omissivi c.d. impropri, nella quale il primo concetto utile a delimitare la rilevanza penale è quello di ‘obbligo giuridico d’impedire l’evento’, espressamente menzionato dall’art. 40 cpv. c.p. quale condizione necessaria per la duplicazione della tipicità obiettiva²⁷ mediante la ‘clausola di equivalenza’. Tale concetto va, altresì, tenuto distinto dalle formule affini – troppo spesso utilizzate con disinvoltura²⁸ – di obbligo di attivarsi, di garanzia e di sorveglianza, dato che, di tali tre obblighi, solo i secondi possono fondare un’omissione impropria.

Tra gli elementi normativamente previsti (obbligo giuridico, impedimento ed evento) è il secondo a risultare dirimente. Infatti, l’impedimento costituisce il contenuto dell’obbligo e permette di distinguere l’obbligo di garanzia dal mero obbligo di attivarsi, rispetto al quale è sufficiente il mero comportamento omissivo ad integrare la fattispecie criminosa (omissiva propria). Se ne deduce che non ogni dovere di attivarsi costituisce un obbligo ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., perché per legittimare una responsabilità per omissione non basta la violazione di un qualunque obbligo di porre in essere un’azione che, in concreto, avrebbe impedito l’evento. Piuttosto, è necessaria l’esistenza di un particolare dovere giuridico rispetto al quale l’impedimento dell’evento appaia come lo scopo del comportamento doveroso, nel senso che il bene giuridico risulta essere stato affidato, in una certa misura, all’omittente.

Perciò, se l’omissione impropria è l’«epilogo patologico di un rapporto giuridico necessariamente preesistente»²⁹, il soggetto gravato da un obbligo di garanzia ha (o deve avere) un complesso di poteri e doveri, sulla cui sussistenza è fondata la *ratio* dell’equivalenza normativa tra “omissione causale” e c.d. “omissione non impeditiva”, determinata dall’obbligo d’impedire l’evento dannoso o pericoloso³⁰.

generale di collaborazione a fini di polizia, risultante *a contrario* dagli artt. 364, 652 e 709 c.p.; cfr. C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 646 s., che li designa come casi in cui «la realizzazione di comportamenti *contra jus* è subordinata al requisito della loro necessità e proporzione con il pericolo di offesa del bene tutelato».

²⁷ ‘Duplicazione’ e non ‘estensione’ del *Tatbestand* commissivo, v. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 252 s.; conf. B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 217 ss. e R.D. HERZBERG, *op. cit.*, p. 362; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, *cit.*, p. 21 ss. e 83 ss.

²⁸ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 1.

²⁹ D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 154.

³⁰ Cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, p. 110. Per molti non sarebbe immaginabile null’altro al di fuori della rilevanza dell’omissione rispetto al mancato impedimento, cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 123, che ritiene che l’art. 40 cpv.

Del tutto diversa è la conformazione degli obblighi di attivarsi, rispetto ai quali non ha alcuna rilevanza il rapporto esistente tra soggetto obbligato e bene giuridico tutelato³¹, per cui manca un concreto ‘affidamento’ del bene all’obbligato³². Da ciò ovviamente consegue che, mentre gli obblighi di garanzia sorgono in momenti differenti rispetto a quello del pericolo per il bene tutelato, i meri obblighi di attivarsi sono implicati direttamente dalla conformazione del fatto *hic et nunc*. Inoltre, soltanto i primi si riferiscono allo svolgimento di una funzione di tutela da parte del soggetto in posizione di garanzia.

Quanto sinora specificato riveste particolare interesse anche per affrontare il caso analizzato nel provvedimento in commento: il rapporto medico/paziente, infatti, costituisce un esempio paradigmatico di ‘posizione di protezione’, perché il paziente è «costretto ad affidare al medico il rischio che lo riguarda»³³. Tuttavia, trattandosi di un’ipotesi in cui l’evento-morte afferisce a cause che esorbitano dall’ambito di competenza specialistica del medico, è necessario capire fino a che punto la preesistenza di un rapporto terapeutico possa dar luogo ad obblighi di garanzia.

3.1. I ‘poteri impeditivi’ come elemento indefettibile degli obblighi di garanzia.

La sussistenza dei poteri impeditivi è legata a filo doppio con il concetto di omissione penalmente rilevante, la cui configurabilità presuppone la possibilità di tenere il comportamento doveroso, poiché «la mancata attivazione di un movimento del corpo interessa ai penalisti soltanto nel caso in cui fosse possibile compiere l’azione comandata. L’omissione è (...) il mancato compimento dell’azione nonostante la possibilità fisica di agire»³⁴.

c.p. confonda il problema della causalità con quello dell’illiceità dell’omissione, senza considerare che la connessione eziologica tra condotta omissiva ed evento presuppone la contraddizione esistente tra la condotta e la norma giuridica: se non è possibile rinvenire un’omissione penalmente rilevante, manca un termine della relazione causale. Per l’annosa confusione tra il profilo strutturale e quella causale dell’omissione (AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, Roma, 1929), v. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 352; M. SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 650. Sulla necessità di tenere distinti i profili, in quanto espressivi di ‘funzioni’ diverse, v. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Berlin, 1969, p. 33; ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 12.

³¹ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 57.

³² Ad es., v. art. 593 c.p., in cui l’incriminazione non richiede la previa esistenza di una relazione precisa tra i soggetti chiamati a soccorrere e il bene della vita altrui da tutelare; cfr. F. BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all’omissione di soccorso (art. 593 c.p.), un reato in cerca d’autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 643 ss.

³³ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in Id. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 81; conf. F.C. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1231 s.

³⁴ G. RADBRUCH, *Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (1903), Darmstadt, 1967, p. 141; F. v. LISZT, *Lehrbuch*, *cit.*, p. 126, parlava di “possibilità di agire” quale elemento fondamentale nella struttura dell’omissione, intendendo che il compimento dell’atto da parte dell’omittente, per poter essere richiesto, dovesse risultare altresì possibile;

Di conseguenza, l'accertamento del reato omissivo implica un riferimento alla possibilità di tenere il comportamento atteso: è necessario che l'omittente avesse, almeno in via di principio, la possibilità fisica e giuridica di tenere sotto controllo i fattori di rischio o, quantomeno, di attenuarne la portata³⁵. Il che, in prospettiva 'funzionalistica', presuppone che nella definizione di garante debba tenersi conto della sua possibilità di elidere (o attenuare) il rischio di lesione, tanto nell'ipotesi in cui gli si richieda di proteggere un bene giuridico (*i.e.* posizione di protezione), quanto in quella in cui gli s'imponga di controllare delle fonti di rischio (*i.e.* posizione di controllo).

Diversamente opinando, gli obblighi di garanzia verrebbero trasformati in meri obblighi di fedeltà³⁶, violando il principio di personalità della responsabilità penale³⁷ e snaturando la teoria 'funzionalistica', che nasceva con l'intento di restringere il campo dell'applicazione della clausola di equivalenza – nei reati causalmente orientati – mediante la predeterminazione dei soggetti a cui l'evento potesse essere imputato oggettivamente, e non con quello di reperire dei soggetti responsabili ai quali imputare la lesione o la messa in pericolo di beni giuridici. Peraltro, la svalutazione del ruolo dei

conf. L. TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Sonderabdruck aus der Festgabe für Enneccerus*, Marburg, 1913, p. 8; R. v. HIPPEL, *Strafrecht* (1930), II, Berlin, 1971, p. 153; G. DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, vol. 59, 1940, p. 180; sulla possibilità anche "intellettuale" di compiere l'azione doverosa, v. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 29 ss., secondo il quale, aderendo all'impostazione finalistica, la capacità del soggetto di agire nel senso richiesto dalla norma è implicitamente necessaria per poter parlare di azione (p. 35). Nella dottrina italiana, *ex multis*, G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 126; G. GRASSO, *op. cit.*, p. 386 s., p. 416 s.; F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 74 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Milano, 2004, p. 156 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9ª ed., Milano, 2008, p. 132; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 592 s.

³⁵ LEONCINI, *op. cit.*, p. 70 ss. e p. 215 ss.; G. GRASSO, *op. cit.*, p. 110 s.; C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 641 e 662 s.; A. GARGANI, *op. cit.*, p. 587 ss.; G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2004, p. 1150 s.; C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 225 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25571, in *De Jure*, punto 13, in diritto: «A titolo esemplificativo, la madre il cui figlioletto sta annegando non è tenuta a soccorrerlo se non sa nuotare, ma ciò non la esime certo dal chiamare i soccorsi; e così il medico che, nel corso di una terapia o di un intervento chirurgico, si rende conto di non essere in grado di affrontare un problema imprevedibile non va esente da responsabilità se non chiede l'intervento dello specialista che questo problema è in grado di affrontare».

³⁶ A tal proposito, basti ricordare come l'omissione venisse utilizzata (e strumentalizzata) nel sistema nazionalsocialista per affermare istanze 'etiche' di fedeltà allo stato, v. H. FRANK, *Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, 1. Teil, Berlin, 1935, p. 14; W. NAUCKE, *Strafrecht: eine Einführung*, München, 2002, p. 315, sostiene che il diritto penale, nella punizione dei reati omissivi, viene impiegato come «strumento di moralizzazione in misura elevata». A esiti simili poteva giungersi in un sistema basato sul concettualismo aprioristico, come la *Normentheorie* bindinghiana (cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, III, Leipzig, 1918, p. 528), ampiamente superata, anche in Italia, come ha limpidamente illustrato F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 9.

³⁷ Perfino nel contenuto minimo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Non è accettabile che l'"imputabile per posizione" diventi automaticamente "responsabile per posizione" (F. GIUNTA, *Responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2001, p. 405); conf. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 381; F.C. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1061; L. RISICATO, *op. ult. cit.*, p. 5 s.

‘poteri impeditivi’ rischia di condurre a esiti illiberali, siccome fondare le incriminazioni omissive sul principio solidaristico³⁸ non può avere come riflesso il sacrificio totale della libertà individuale di non agire.

Nondimeno, la nozione di potere impeditivo non va confusa con quella di matrice meramente fattuale della possibilità materiale, che risulta incapace di fondare l’obbligo di garanzia, in quanto non spiega come distinguere il potere di fatto dalla casuale possibilità d’impedire l’evento³⁹; né tantomeno il concetto di potere impeditivo corrisponde a quello, più esteso, d’impedibilità, perché quest’ultimo non permette di distinguere tra garante e soccorritore occasionale⁴⁰.

Per ‘potere impeditivo’, dunque, ci si riferisce non solo alla «capacità del soggetto obbligato a realizzare una contropista ostativa alla verifica dell’evento lesivo»⁴¹, ma soprattutto alla sua derivazione da un’interrelazione precedente, che avvicina in modo funzionale il garante al bene, perché il potere è strumentale all’esercizio della funzione di garanzia. Ovviamente, com’è lecito attendersi nei casi di responsabilità medica, l’impedimento non è finalizzato all’azzeramento dei rischi inerenti a un processo causale in corso, bensì al loro contenimento⁴².

Che i poteri impeditivi siano dirimenti, del resto, è confermato dalla previsione contenuta nel c.d. Progetto Pagliaro di riforma della parte generale del codice penale⁴³, nel quale essi venivano espressamente menzionati (art. 11)⁴⁴; alla stessa stregua, nell’articolato redatto dalla Commissione Pisapia⁴⁵, si faceva puntuale riferimento (art. 13) all’attualità di “particolari poteri e doveri giuridici”, relativi “alla persona cui sono attribuiti al momento del fatto”.

Eppure, è evidente la mancanza di un’individuazione normativa dei poteri impeditivi e di una loro tipizzazione *de lege lata*⁴⁶; la loro espressa previsione costituisce un’eccezione nel nostro sistema⁴⁷. Perciò permane la difficoltà di ricostruire in maniera affidabile il perimetro esatto dell’attività comandata: difficoltà che aumenta nelle ipotesi

³⁸ V. G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. dir.*, 17, 4/1977, p. 682; F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale*, in *Scritti in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 121 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, spec. p. 317 ss. e p. 480 s.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 367 ss.

³⁹ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁰ G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, *cit.*, p. 135 e 167.

⁴¹ C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 641.

⁴² F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 1715.

⁴³ *Progetto Pagliaro di riforma della parte generale del Codice Penale*, in *Doc. giustizia*, n. 3/1992.

⁴⁴ La disposizione distingueva in maniera molto attenta tra i tipi di obbligo e l’incidenza su questi dei poteri impeditivi; parz. diff. l’impostazione seguita nel Progetto Grosso (in *Doc. giustizia*, 3/2000), al cui interno la questione dei poteri impeditivi non viene affrontata nella parte generale, affidandone, verosimilmente, la disciplina alla parte speciale, in cui essi possono essere tipizzati, in modo da dar vita a fattispecie omissive proprie che consentano di meglio inquadrare gli obblighi facenti capo a determinate figure.

⁴⁵ V. C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2007, p. 655 ss.

⁴⁶ C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 662 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Napoli, 2013, p. 106 ss., 156 ss.

⁴⁷ Si pensi all’obbligo d’impedimento di reati societari gravante su amministratori e sindaci di società, in base agli artt. 2392 e 2403 c.c. e all’espressa previsione, all’art. 92, co. 1 d.lgs. n. 81/2008, delle modalità di esercizio del ‘potere impeditivo’ del coordinatore per la realizzazione dei lavori.

in cui non venga in rilievo l'impedimento di un evento naturalistico, ma si debba far riferimento a parametri normativi per delineare correttamente i limiti dei poteri espressamente riconosciuti dall'ordinamento⁴⁸. Da ciò scaturiscono pretese indeterminate verso i garanti, che si spingono a comprendere l'attivazione di qualsiasi condotta ostantiva, introducendo una responsabilità ben più estesa di quella commissiva: il che è ben più adatto alla creazione di capri espiatori che non al rispetto dei principi di legalità e di colpevolezza.

Va pure ricordato che la sussistenza di tali poteri condiziona l'effettività e la permanenza della posizione di garanzia anche dal punto di vista temporale, in quanto determina il momento iniziale e finale della rilevanza della presa in carico del bene da tutelare. Tant'è che si può adempiere al proprio obbligo in via 'mediata', seppur a determinate condizioni: così, ad esempio, nelle situazioni di c.d. delega di soccorso, in cui cioè un soggetto che abbia in carico il bene da proteggere, rendendosi conto dell'inconsistenza del proprio potere impeditivo, si rivolga ad altri – riconosciuto come capace – affinché si attivi per la neutralizzazione del pericolo. Ancora, è possibile adempiere in maniera 'mediata' al proprio obbligo facendosi supplire temporaneamente, ad esempio, qualora i genitori affidino i propri figli a taluno affinché vi badi⁴⁹.

Orbene, visto che questo schema vale perfino per i rapporti 'insopprimibili' – come quello di genitorialità –, esso deve valere *a fortiori* per l'obbligo posto in capo allo specialista, che non può travalicare le proprie competenze professionali, a meno che non si voglia svalutare completamente la rilevanza della settorializzazione nella professione medica e della c.d. divisione del lavoro⁵⁰.

3.1.1. I poteri impeditivi nei casi 'particolari': un inquadramento problematico.

Cercando di delineare una soluzione conforme ai criteri d'imputazione definiti, la Corte di Cassazione richiede che il medico pervenga a una conoscenza della "reale entità" dello stato di salute del paziente⁵¹, mediante un'attività 'd'indirizzo', consistente in «un'avvertita sollecitazione, rivolta al paziente, di sottoporsi agli opportuni accertamenti diagnostici di carattere specialistico e alle conseguenti terapie necessarie a far fronte alle patologie sospettate che non appartengono all'orizzonte cognitivo proprio dell'agente»⁵². Qualora, però, «il terapeuta abbia ragione di sospettare la possibile

⁴⁸ Cfr. C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 660.

⁴⁹ Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 360; A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza*, *cit.*, p. 1393; C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 649. Per le intersezioni con il profilo della diligenza e degli obblighi di astensione, v. F. GIUNTA, *Normatività della colpa*, *cit.*, p. 99.

⁵⁰ Per una ricognizione dell'impatto del criterio sull'attività medica, v. L. RISICATO, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁵¹ Sent. in commento, punto 8, in diritto.

⁵² *Ibidem*. Nel caso *sub judice* (punto 2, in fatto), tali attività d'indirizzo erano consistite nella «consegna, da parte dell'imputato alla paziente, di due missive indirizzate al medico di base di questa e al professor V. (noto oncologo di fama internazionale), anch'esse in ipotesi destinate ad agevolare l'avvio di un percorso di approfondimento diagnostico e terapeutico in relazione ai malanni al seno lamentati dalla paziente. A tali

inclinazione del paziente a sottostimare, o financo a negare (...), l'eventuale contrazione di patologie» o vi sia «un prevedibile (o anche solo possibile) atteggiamento dissimulativo»⁵³ (i.e. situazione 'particolare'), l'attività 'd'indirizzo' potrebbe risultare insufficiente ad avviso della Corte, tant'è che il dovere del medico arriverebbe a comprendere anche una successiva 'verifica' del compimento delle indagini cliniche suggerite e del loro esito.

A parte la loro innegabile differenza strutturale, l'attività 'd'indirizzo' e quella 'di verifica', per avere rilevanza penale, o sono espressamente comandate – i.e. omissione propria –, o devono essere riconducibili alla professione medica in generale. Tuttavia, eventuali speranze nella loro previsione espressa, quali obblighi d'agire autonomamente incriminati, sarebbero mal riposte, perché s'infrangerebbero sul silenzio della legislazione penale vigente. Tantomeno proficua risulterebbe un'indagine sulla normativa extrapenale di settore (linee-guida e *best practices* accreditate), perché i recenti interventi legislativi in materia penale – nel richiamarla per fondare un'ambigua ipotesi di "non punibilità"⁵⁴ – continuano a impiegarla nelle più varie fogge, contribuendo, perciò, a ingenerare confusione tra le categorie (della colpa, della causalità e degli indici di commisurazione⁵⁵) più di quanto aiutino a risolvere gli annosi problemi sollevati dal tema della responsabilità medica⁵⁶.

premessa, sarebbe successivamente (e verosimilmente) seguita la falsa affermazione, resa dalla N. al P., di essersi recata presso il V., dal quale avrebbe ricevuto informazioni diagnostiche del tutto tranquillizzanti».

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Art. 3, l. n. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi); la disposizione, frutto di un travagliato *iter* che ne ha determinato la 'transizione' quasi accidentale dal diritto civile a quello penale, aveva lo scopo originario di determinare i casi di esclusione della responsabilità per danni connessi all'esercizio della professione medica. Il riferimento al rispetto delle linee-guida è stato mantenuto anche nella nuova formulazione della disposizione. Al secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dall'art. 6, l. n. 24/2017 (c.d. legge Gelli), è previsto che qualora la morte o le lesioni in ambito sanitario, verificatesi a causa d'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».

⁵⁵ Addirittura inserendo un riferimento alla c.d. colpa lieve e confondendo, quindi, tra criteri di commisurazione della pena (art. 133 c.p.) ed elementi della fattispecie soggettiva; L. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 423.

⁵⁶ Per un'ampia ricognizione sull'impiego di linee-guida e *best practices*, v. R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., spec. p. 80 ss.; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, Torino, 2013, p. 264 ss.; cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, in *Diritto&Giustizia*, in cui è stato evidenziato come la multiformità delle fonti e delle tecniche cui si riferiscono le linee-guida renda necessario il loro scrutinio e adattamento al caso *sub judice* per far sì che operino escludendo la colpa; Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47289, in *De Jure*, in cui la Corte di legittimità ha riferito la nozione di 'colpa' ai tre parametri previsti dall'art. 43 c.p. e non unicamente all'aspetto della sola imperizia, che sarebbe, secondo altra parte della giurisprudenza, l'unico parametro da valutare per la colpa lieve; cfr. inoltre Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2015 (dep. 23 aprile 2015), n. 16944, in *De Jure*, «L'art. 3 del d.l. n. 158/2012, convertito in l. n. 189/2012, secondo cui l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve, non riguarda le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza giacché le suddette linee guida contengono solo regole di perizia»; conf. Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013 (dep. 11 marzo 2013), n. 11493, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio

Tendenzialmente differente è il discorso sulle 'attività d'indirizzo', che potrebbero rientrare nelle competenze generali del medico non specialista e costituire parte della posizione di garanzia da lui rivestita, a condizione, però, della riconoscibilità della ricorrenza di patologie per le quali attivarsi mediante sollecitazione e indirizzo verso altri professionisti o strutture⁵⁷. Il che, se ci sembra plausibile rispetto a sintomi afferenti a malattie rientranti in ambiti professionali complementari, non lo è altrettanto avendo riguardo a patologie del tutto estranee a tali ambiti, a maggior ragione qualora siano indiziate da una sintomatologia tutt'altro che univoca, come nel caso di specie. Per tali motivi non reputiamo convincente il riconoscimento della sussistenza *tout court* di un obbligo di garanzia e della relativa funzione di protezione da eventi esorbitanti l'ambito medico-professionale.

Ciononostante, pur senza voler elevare il medico specialista a 'super-garante', ammettiamo che il particolare stato di salute psichica del paziente possa richiedere maggiori cautele (specialmente laddove sembri probabile "o anche solo possibile" il timore del paziente di venire a conoscenza di malattie o una sua possibile tendenza alla negazione). Ciò che, invece, non pare accettabile è che la 'particolarità' sia sufficiente per estendere in maniera totalmente indefinita l'obbligo di garanzia dello specialista. Perciò, delle due, l'una: o le attività sono riferite alla professione medica in generale o non possono essere valutate come omissioni improprie.

Ci pare, però, che soltanto le attività che abbiamo definito 'd'indirizzo' si concilino con la generale *Garantenstellung* medica e ciò vale *a fortiori* perché, nel contesto della terapia, il potere impeditivo del medico non è limitato soltanto alla propria sfera conoscitiva, ma trova un'ulteriore limitazione nella volontà dell'assistito. Più precisamente, valorizzando la libertà di autodeterminazione del paziente⁵⁸ e le sue scelte

2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2013 (dep. 22 novembre 2013), n. 46753, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2014 (dep. 28 agosto 2014), n. 36347, in *De Jure*.

⁵⁷ Come, del resto, sembra confermare la sentenza in commento, v. punto 8, in diritto.

⁵⁸ Ampio il riconoscimento, nazionale ed internazionale, del ruolo svolto dall'autodeterminazione e dal consenso del paziente; v. art. 1, l. n. 833/1978 (*Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*); l. n. 145/2001, *Ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e medicina*; art. 24, *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989 (New York, ratificata con l. n. 176/1991); art. 5 della *Convenzione dei diritti dell'uomo e sulla biomedicina* del 1997 (Oviedo, ratificata con l. n. 145/2001); *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Nizza, 7 dicembre 2000. Per dare il giusto peso alla cornice legislativa di cui sopra, gli interpreti hanno sempre riconosciuto la necessità di mediare tra il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione nel senso che segue: «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative», Corte Cost., sent. 15 dicembre 2008 (dep. 23 dicembre 2008), n. 438, in *Foro it.*, 2009, p. 1328. Per lo sviluppo delle dense tematiche, si rinvia a G. FIANDACA, *Luci ed ombre nella pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, p. 306 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 ss.; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.; C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può, cit.*, p. 240 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sulla criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1238 ss.;

terapeutiche⁵⁹, lo svolgimento dell'attività 'd'indirizzo' non solo permette l'adempimento dell'obbligo, ma elide anche qualunque dovere residuo, restando rimessa al paziente la scelta dei soggetti a cui rivolgersi per specifici problemi. Infatti, una volta indirizzato altrove il paziente, seppure al netto di residue difficoltà probatorie⁶⁰, vengono meno gli effetti della presa in carico e, quindi, non è necessario 'verificare' il compimento delle attività suggerite. Ovviamente, quanto premesso ha pregio a patto che si tratti di un soggetto capace d'intendere e di volere, come nel caso di specie.

3.1.2. Poteri impeditivi e loro concreta esercitabilità: il rischio che da 'situazioni particolari' derivino obblighi sganciati dalla funzione di protezione.

Nella pronuncia in commento si richiede l'«assunzione di tutte le possibili e lecite iniziative volte a indurre il paziente a indagare in modo effettivo e controllato il proprio stato di salute, e quindi ad avviarlo alla cura dei propri stati patologici»⁶¹. Dando per pacifico il richiamo alla 'liceità' delle attività, a destare perplessità è il riferimento alla 'possibilità' d'intraprendere le attività d'indirizzo, perché troppo sbilanciato sul versante materiale, ossia sulla sussistenza di un potere di fatto. L'unica lettura dell'affermazione della Corte confacente alle premesse di sistema è, chiaramente, orientata al rafforzamento pleonastico dell'idea della possibilità anche materiale del comportamento doveroso. Vale a dire che, se da un lato non può richiedersi al medico di sottoporre obbligatoriamente ad accertamenti sanitari il paziente – perché ciò contrasterebbe con la

in giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63; Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, Volterrani, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 604; Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008 (dep. 14 marzo), n. 11335, Huscher e a., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2008 (dep. 30 settembre 2008), n. 37077, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2008 (dep. 4 dicembre 2008), n. 45126, G.F., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 243721, Giulini, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1809; Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010 (dep. 8 giugno 2010), n. 21799, P.G., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2010 (dep. 23 settembre 2010), n. 34521, Huscher, in *De Jure*.

⁵⁹ La necessità che il paziente sia in condizione di conoscere il percorso terapeutico si deduce dall'ampia legislazione nazionale di settore e, *in primis*, dall'art. 33, l. n. 833/1978, che prevede che le cure sono volontarie e nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge; cfr. anche art. 3, l. n. 219/2005 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*); art. 6, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

⁶⁰ È palese che le attività d'indirizzo potrebbero non lasciare traccia e che, specie a seguito del decesso del paziente, è lo stesso medico che dovrebbe affermare di averle compiute; ciò incide negativamente sulla qualità del contraddittorio e prefigura una criticabile inversione dell'onere probatorio. Non pare essere un caso che nel procedimento *de quo* ci si sia dovuti avvalere perfino dei diari segreti della defunta, dai quali sarebbe faticosamente emerso il compimento, da parte del neurologo, delle attività d'indirizzo suddette. Cfr. sent. in commento, punto 9, in diritto, laddove, riprendendo quanto sostenuto dalla Corte territoriale, si afferma che «al di là della rinvenibile posizione di garanzia dell'imputato, gli esiti dell'istruzione dibattimentale si siano rivelati tali da rendere sostanzialmente impossibile "una ricostruzione fattuale concreta seria e certa del momento iniziale e della successiva evoluzione della malattia" della N., con "una insormontabile difficoltà a inserire i comportamenti omissivi addebitati astrattamente al P. in nesso causale con l'evento morte, ovverosia che la condotta anche astrattamente ipotizzata a carico dell'imputato di 'non avere ulteriormente indagato la situazione' sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di probabilità logica"».

⁶¹ Sent. in commento, punto 8, in diritto.

libertà di autodeterminazione del secondo – , dall’altro non può ritenersi, ad esempio, che l’occasionale conoscenza di talune patologie estranee al proprio campo specialistico estenda automaticamente l’obbligo del sanitario oltre il proprio potere giuridico impeditivo, a maggior ragione ove i sintomi vengano esagerati, sminuiti o negati dal proprio assistito e sia soltanto “possibile” il suo “atteggiamento dissimulatorio”, come laconicamente indicato nella sentenza in commento⁶².

Fin qui si potrebbe sospettare che le precisazioni della Corte abbiano una scarsa incidenza e si limitino a puntualizzare che, a fronte di dubbi sui sintomi descritti, il medico debba invitare il paziente a sottoporsi ad accertamenti, come detterebbero le norme generali del buon senso, prima ancora di quelle della professione medica. Il che, come si è anticipato, auspicabilmente dovrebbe bastare ad adempiere all’obbligo di garanzia. Ma così non è, perché la Corte reputa insufficiente la sola attività d’indirizzo, laddove ritiene che anche la mancata ‘attività di verifica’ possa costituire un’omissione penalmente rilevante, tant’è che il Collegio opta per l’assoluzione solo sulla base del riscontro dell’enorme difficoltà probatoria nell’appurare la verosimiglianza della tendenza alla negazione da parte della paziente. L’imposizione di un ‘obbligo di verifica’ desta perplessità, in quanto si fonda su poteri – anche fattuali – di dubbia consistenza, oltre a comportare difficoltà ancor maggiori sul versante dell’accertamento processuale, come il provvedimento *de quo* non manca di sottolineare⁶³.

Ciò che non è ‘possibile’ sul piano tecnico-normativo, quindi, non sembra esserlo neanche in punto di fatto. Infatti, nel momento in cui la Corte richiede una ‘attività di verifica’, sembra che le sfugga che, *a fortiori* in un contesto presidiato dall’autonomia del paziente, è ingenuo immaginare che esista un obbligo a sé stante d’imporre all’assistito di compiere delle indagini sul proprio stato di salute, specialmente se si è al cospetto di un soggetto tendente alla rimozione e negazione di propri stati patologici; a maggior ragione, dunque, ci pare surreale supporre di poter obbligare il paziente a mostrare l’esito di accertamenti relativi a patologie estranee rispetto al proprio settore di competenza⁶⁴. D’altronde, il caso in parola mostra, semmai, proprio l’opposto: a fronte del silenzio o della volontà del paziente contraria a dimostrare preoccupazioni o a presentare la prova di accertamenti mai svolti, non c’è potere che tenga: al medico «non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell’ammalato»⁶⁵.

Quanto sinora sostenuto vale, ovviamente, a meno che non si voglia maliziosamente ravvisare nella pronuncia in commento un invito all’autotutela del medico, da attuarsi nei modi della ‘medicina difensiva’⁶⁶ e, quindi, mediante

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Sent. *ult. cit.*, punto 9, in diritto.

⁶⁴ Ancor più evidente ove si consideri che «gli spazi di manovra del garante subiscono un’ingerenza altrettanto decisiva ad opera della volontà del malato, che assume le vesti della partecipazione terapeutica nella determinazione del trattamento praticato», C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, p. 240.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008 (dep. 14 marzo 2008), n. 11335, in *Cass. pen.*, 2009, p. 579.

⁶⁶ Che si manifesta allorché il medico ordini esami, procedure o visite, o eviti pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale; v. F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2014, 929. Si tratta di un «fenomeno che, per vastità delle dimensioni raggiunte e dannosità delle conseguenze

l'imposizione del compimento di esami e accertamenti non necessari alla cura del paziente, bensì unicamente a preconstituirsene una non punibilità. Anche tacendo della completa deviazione dalla finalità di tutela a cui dovrebbe essere volta l'attività medica, permarranno forti dubbi d'irragionevolezza della soluzione proposta dalla Corte, a maggior ragione perché i casi affini a quello analizzato risultano spesso contrassegnati dall'estrema difficoltà di distinguere tra sintomatologia reale e percepita. Insomma, chi volesse cogliere nelle indicazioni del Giudice di legittimità un invito all'autotutela del professionista probabilmente non sbaglierebbe, ma segnalerebbe un indirizzo ermeneutico in evidente rotta di collisione con un diritto penale costituzionalmente orientato, perché la finalità 'difensiva' della professione medica può risultare in contrasto (o quantomeno non coincidere) con la tutela della salute del paziente. Nondimeno, una simile lettura sarebbe comunque in controtendenza con le recenti scelte politiche d'innalzamento dei prezzi per gran parte degli accertamenti sanitari, motivate proprio dall'esigenza di ridurre il ricorso a esami non strettamente necessari⁶⁷.

4. Imputazione oggettiva e 'autoesposizione al pericolo': un criterio troppo spesso accantonato.

L'impostazione secondo cui l'obbligo di garanzia insito nella *Garantenstellung* relativa all'esercizio della professione medica in generale non verrebbe assolto attraverso l'attività d'indirizzo risulta ancor meno convincente se confrontata con il suo epilogo naturale: l'imputazione oggettiva dell'evento al garante.

Senza avere la pretesa di ricostruire i molteplici problemi legati alla causalità nell'ambito della responsabilità medica, da anni teatro di un travaglio dottrinale e giurisprudenziale⁶⁸, segnaliamo che nella pronuncia si dà per assodata la sussistenza del

provocate, dovrebbe essere ai primissimi posti, nella lista delle "urgenze" sulle quali il legislatore dovrebbe concentrare al più presto l'attenzione» (p. 928); per approfondimenti sul tema, v. *ex multis*, G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010; F.C. PALAZZO, *Causalità della colpa*, cit., spec. p. 1233; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, *passim*; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, *passim*; G. ROTOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss.

⁶⁷ Cfr. D.M. 9 dicembre 2015, relativo alle "Condizioni di erogabilità e indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale", in *G.U.*, *S.U.* n. 15 del 20 gennaio 2016.

⁶⁸ Affatto sopito a quasi 15 anni dalla famosa Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss.; cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, 5ª ed., Torino, 2016, p. 217 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003, p. 123 ss.; ID., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1994 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1679 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 498 s.; C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 196 ss.

nesso causale tra 'omissione' ed evento-morte⁶⁹. Si reputa, infatti, che – al di là delle difficoltà incontrate nell'accertare i fatti – «la condotta anche astrattamente ipotizzata a carico dell'imputato di "non avere ulteriormente indagato la situazione" sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di probabilità logica»⁷⁰. Perciò, nel qualificare implicitamente l'inerzia come penalmente rilevante e nel collegarla in modo automatico all'evento, la Corte fa derivare la sussistenza del nesso causale dalla mera resistenza al giudizio controfattuale, tipico della teoria della *condicio sine qua non*, in base alla quale è necessario e sufficiente che la condizione non sia mentalmente eliminabile senza far venir meno anche l'evento lesivo per qualificarla come (con)causa⁷¹.

Tuttavia, l'impostazione condizionalistica presenta limiti sia in relazione alle ipotesi maggiormente problematiche⁷², sia – e soprattutto – rispetto alla strutturazione di una sistematica teleologica⁷³: se ai singoli elementi strutturali del reato si affidano delle finalità politico-criminali e, al sistema penale, degli scopi, allora non può reputarsi sufficiente un'impostazione fondata sulla mera 'descrizione' ontologica del rapporto causale, perché l'imputazione dell'evento all'agente dev'essere ricostruita anche su basi giuridico-normative per risultare congrua rispetto al perseguimento degli scopi della pena⁷⁴.

Per rispondere a queste esigenze, è possibile impiegare ulteriori criteri nell'accertamento della causalità, tra i quali – incomprensioni e travisamenti a parte – maggiore eco sembra aver prodotto quello del c.d. "aumento del rischio", a sua volta

⁶⁹ Problematica di tutt'altro che inequivoca soluzione, anche ove si consideri il nesso tra omissione ed evento come un equivalente normativo della causalità naturalistica, come è avvenuto nel caso di specie; *ex multis* G. GRASSO, *op. cit.*, p. 386 s.; G. FIANDACA, voce *Causalità*, *cit.*, p. 126.

⁷⁰ Sent. in commento, punto 10 in diritto.

⁷¹ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975, p. 7 ss.; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss., ove s'individua un'efficacia euristica limitata della formula della *condicio*, specie a fronte di casi in cui non si conoscano in anticipo le leggi causali che presiedono ai rapporti tra i fenomeni, facendo sì che la formula si riveli, a ben vedere, "vuota"; conf. C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 193 ss.

⁷² Cfr. C. FIORE - S. FIORE, *op. cit.*, p. 207 ss., 217 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 590 ss.; G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 119 ss.; F. STELLA, *Leggi scientifiche*, *cit.*, spec. p. 260 ss.; A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Napoli, 1989, p. 88 s.; C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁷³ C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, *cit.*, p. 298 ss.; ID., *Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Strafrecht* (1970), in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, 123 ss.; ID., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale*, *cit.*, p. 83 ss.; ID., *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*, in *loc. ult. cit.*, p. 177 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, p. 17 ss. e 130 ss.; ID., *Pena e colpevolezza nel pensiero di C. Roxin*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 176 ss.; ID., *Premessa all'edizione italiana*, in C. ROXIN, *Politica criminale*, *cit.*, p. 31 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, p. 246 ss.; C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 263 ss.; F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Napoli, 2012, p. 61 ss.

⁷⁴ Del resto, il capitolo dedicato alla *objektive Zurechnung* nel manuale di C. ROXIN (*Allgemeiner Teil, I*, *cit.*, p. 298) s'intitola "l'ulteriore imputazione obiettiva", sottintendendo che essa non sostituisce ma integra – in modo rispettoso degli scopi di politica criminale e coerente con la sistematica teleologica – l'accertamento della causalità.

connesso al concetto di realizzazione di un “rischio non consentito”⁷⁵ (rispettivamente *Risikoerhöhungstheorie* e *Verwirklichung des unerlaubten Risikos*). Esistono, però, casi in cui questo criterio ed altri – come il criterio dello “scopo di tutela della norma”⁷⁶ (*Schutzzwecklehre*) – non sono risolutivi. In questa *congerie*, vengono in considerazione tre gruppi d’ipotesi⁷⁷: l’esposizione consensuale di altri al pericolo corso in prima persona (*einverständliche Fremdgefährdung*)⁷⁸; l’imputazione dell’evento alla sfera di responsabilità di un terzo (*Zurechnung des Erfolges zu einem fremden Verantwortungsbereich*)⁷⁹; la collaborazione alla volontaria autoesposizione al pericolo (*Mitwirkung bei einer vorsätzlichen Selbstgefährdung*)⁸⁰. Di queste tre costellazioni d’ipotesi, ci pare che l’ultima si attagli perfettamente al caso in analisi.

L’ambito di operatività del criterio della volontaria autoesposizione al pericolo è costituito dai casi in cui un soggetto abbia contribuito a un’azione compiuta autonomamente dalla vittima, che ne resta ‘signora’ ed eventualmente ne patirà le conseguenze lesive. L’imputazione oggettiva dell’evento al soggetto-cooperante sarebbe possibile in base alla mera efficienza causale, ma si tratta di un criterio inappagante e inesaurivo anche nel concorso di persone nel reato⁸¹; perciò, in base al criterio normativo

⁷⁵ V. C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 301 - 321; ID., *La problematica*, cit., p. 90 ss.; parz. diff. A. v. HIRSCH, *op. cit.*, p. 119 ss.; H. FRISTER, *op. cit.*, pp. 110-123; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell’evento*, cit., p. 635 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, cit., p. 945 ss.; per una lettura profondamente critica, v. G. MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., p. 3 ss., ma si vedano le repliche di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130 ss., spec. p. 138 s. e di A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1464 ss., spec. pp. 1467-1472.

⁷⁶ C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 312 ss., spec. pp. 319-321, dove si analizza la combinazione tra i criteri dell’aumento del rischio e dello scopo di tutela della norma.

⁷⁷ C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 321.

⁷⁸ Ci si riferisce, cioè, all’ipotesi in cui taluno non metta solo se steso in pericolo, esponga ai medesimi (o diversi) rischi un altro con il suo consenso; C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 328-332, ritiene che erri la giurisprudenza che risolve questi casi riconducendoli al c.d. “consenso alla successiva lesione”, perché il consenso può operare solo rispetto al possibile intervento del soggetto consapevole del pericolo e ammettere una configurazione simile significherebbe obliterare l’ammissibilità di un ‘consenso in bianco’ o, meglio ancora, al buio. Altresì inammissibile per l’Autore la riconduzione al c.d. principio di precauzione, perché giunge inevitabilmente a valorizzare gli aspetti del caso concreto a scapito della determinatezza (p. 328). L’imputazione oggettiva in tale gruppo di casi, quindi, può operare a due condizioni: innanzitutto, che il danno si ponga come diretta conseguenza del rischio prefigurato dal soggetto ‘che mette in pericolo’; in secondo luogo, che anche il soggetto ‘messo in pericolo’ sia nella condizione di antivedere il rischio, al pari del soggetto che mette in pericolo.

⁷⁹ C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 332-336; ID., *La problematica*, cit., pp. 100-107; C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 291 ss.

⁸⁰ C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 321-327; ID., *La problematica*, cit., pp. 98-100; H. RUDOLPHI, *Zum Grundsatz der bewußten Selbstgefährdung im Betäubungsmittelrecht*, in *Juristen Zeitung*, 1991, 571-574; C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 289 s.

⁸¹ Cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 90 s.; C. FIORE - S. FIORE, *op. cit.*, p. 573 ss., ove si richiede di rintracciare la ‘volontà dell’autore’ per evitare di accedere a meccanismi che, appiattendosi sul criterio della mera efficienza causale, sviscerano completamente la differenza tra art. 110 c.p. e 41 c.p. e considerino, quindi, il “medesimo fatto di reato” solamente dal punto di vista oggettivo. D’altronde, la svalutazione dell’elemento soggettivo finisce col distorcere il criterio causale, estendendo in modo abnorme l’ambito della punibilità e trasformando la disciplina del concorso in «una sorta di clausola

dell'autoesposizione al pericolo, non si può imputare oggettivamente l'evento al partecipe, perché questi non ha il potere d'ingerirsi nella sfera di autonomia della vittima e non può vedersi attribuire la verifica di un evento che risalga integralmente all'altrui responsabilità⁸².

La finalità del criterio viene individuata nella valorizzazione della personalità della responsabilità penale⁸³, nel senso di attribuire un significato decisivo alle scelte compiute autonomamente dalla vittima e riguardanti la propria tutela. Tuttavia, se il presupposto della *Garantenstellung* è quello di preservare l'integrità di beni che appartengano a soggetti incapaci di curarli in prima persona, *quid juris* qualora il concorrente rivesta una posizione di garanzia? È, chiaramente, impossibile escludere l'imputazione oggettiva dell'evento al garante nel caso in cui il soggetto tutelato non abbia dei poteri di signoria o, quantomeno, la coscienza di agire *contra se*. Al di fuori di tale ipotesi, però, il criterio è ampiamente utilizzabile rispetto a soggetti 'capaci', come nel caso di specie. D'altro canto, se la sussistenza di una posizione di garanzia rendesse automaticamente ineffettivo il principio dell'autonomia della vittima, al garante risulterebbe imputabile qualsiasi evento – anche estraneo al suo ambito di tutela – perfino nell'ipotesi dell'esplicito rifiuto del paziente a sottoporsi ad accertamenti o ad intraprendere una terapia, il che è certamente censurabile rispetto ai principi di legalità e di personalità della responsabilità penale⁸⁴. In estrema sintesi, «il medico deve proteggere il paziente dalle malattie, non dall'autolesione»⁸⁵, come è confermato dalla disciplina normativa – italiana e internazionale – che, valorizzando il principio di 'autodeterminazione del paziente', conferisce una solida base alla funzione legittimante svolta dal consenso di quest'ultimo⁸⁶.

È dirimente, dunque, che la vittima – come nel caso di specie – sia nella condizione di rappresentarsi il pericolo per se stessa e ciononostante non agisca di conseguenza⁸⁷; per converso, qualora difetti tale condizione, il garante avveduto del

di ipertutela di beni giuridici, orientata alla copertura di qualsiasi lacuna relative alle fasi ideativa, preparatoria ed esecutiva del reato», A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale*, cit., p. 213 s.

⁸² Diversamente opinando si avallerebbe un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, costituzionalmente illegittima (art. 27 Cost.), trasformando surrettiziamente l'"imputabile per posizione" in "responsabile per posizione"; v. F. GIUNTA, *Responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 405.

⁸³ C. LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 289, in cui l'affermazione viene posta in correlazione con lo studio degli atteggiamenti e delle reazioni del soggetto passivo, in quanto «utile alla ricostruzione della dinamica delle fattispecie criminose» e tale da permettere «migliori valutazioni nell'ambito della prevenzione e della commisurazione della pena».

⁸⁴ Cfr. C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 325.

⁸⁵ C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 324.

⁸⁶ V. *supra* sub nota 58. Prospetta la possibilità di considerare l'autodeterminazione del paziente sotto l'angolo visuale dei criteri dell'imputazione oggettiva, C. CUPELLI, *op. ult. cit.*, p. 241-244; ID., *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 191 ss.

⁸⁷ Criterio impiegato ormai dalla giurisprudenza tedesca anche nei casi di cessione di sostanze stupefacenti e successivo decesso del tossicodipendente; «ove il consumatore riconosca la pericolosità delle sostanze che gli sono fornite e le assuma consapevolmente e liberamente, allora la conseguente morte del tossicodipendente non può essere imputata al fornitore», H. RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 573.

rischio può ovviare al *deficit* informativo del paziente compiendo un'attività d'indirizzo e rendendolo, da "soggetto inerme"⁸⁸, 'soggetto informato', se non del rischio specifico, quantomeno della possibile esposizione allo stesso⁸⁹. L'attività d'indirizzo, quindi, permette di superare situazioni d'insufficiente consapevolezza: la vittima si espone autonomamente al pericolo perché è signora delle proprie scelte⁹⁰.

Naturalmente, questa soluzione vale a condizione che, come nel caso di specie, si tratti di un paziente effettivamente in grado di percepire adeguatamente la realtà circostante e di perseguire il proprio interesse; in caso contrario, ovviamente, il terapeuta che s'avveda della 'incapacità' del soggetto di comprendere la potenzialità lesiva della situazione in cui versi – anche a seguito delle sollecitazioni – potrebbe avvalersi dei poteri d'iniziativa riconosciuti nell'ambito del diritto privato e imprimere vigore alle indicazioni rivolte al paziente che non sia in grado di raccogliere⁹¹.

La consapevolezza e volontà di correre il rischio, del resto, ha efficacia dirimente anche rispetto alle ipotesi di esposizione di altri al pericolo (proprio), ossia nei casi in cui taluno, oltre a mettere se stesso in pericolo (o ad esserlo), lasci consapevolmente che a correre i medesimi (o diversi) rischi vi sia anche un altro⁹², come avviene nel caso di contagio da *AIDS* a seguito di rapporti sessuali consensuali non protetti⁹³. In questa

⁸⁸ V. B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, p. 234 ss.; ID., *Grund und Grenzen*, cit., p. 316 e 343 ss.; parz. diff. R.D. HERZBERG, *op. cit.*, p. 190 s.; la condizione specifica d'incapacità è stata, altresì, tenuta in considerazione nel Progetto Grosso, *loc. cit.*, agli artt. 17 e 18, dai quali si desume un catalogo, sia pur non esaustivo, d'ipotesi.

⁸⁹ Proprio sulla base di quest'ordine di idee (v. B. SCHÜNEMANN, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln*, in *NStZ* 1982, 60 s.), «il BGH ha (...) smesso di punire la cessione di droga a titolo di omicidio colposo o addirittura doloso, se la vittima in piena coscienza del rischio si è procurata la droga pericolosa», C. ROXIN, *La problematica*, cit., p. 100; conf. H. RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 573 s.

⁹⁰ Si verifica, cioè, un'ipotesi simile a quella in cui un soggetto che possa ancora essere soccorso, rifiuti l'intervento salvifico (cd. morte del 'martire'), v. C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 327.

⁹¹ Risultando incredibilmente complesso valutare l'incidenza di disturbi psichici sulla 'volontà' e ritenendo impraticabile la formulazione di una soluzione generale, ci pare ragionevole innanzitutto distinguere il caso in cui il paziente, al di là di sindromi e fragilità psichiche, sia perfettamente capace – quantomeno nelle forme della "capacità di provvedere ai propri interessi" (artt. 414-415 c.c.) – di orientare le proprie scelte, da quello in cui, invece, questi non risulti in grado di provvedere correttamente a se stesso e sia, pertanto, preferibile avvalersi del sostegno altrui. Tra gli strumenti offerti nel nostro ordinamento, ci riferiamo soprattutto alla "amministrazione di sostegno" (artt. 404-413 c.c.), quale strumento flessibile e di grande utilità nella 'zona grigia' in cui versano i soggetti affetti da disturbi psichici dai contorni estremamente sfumati. Perciò, se è vero che il medico non deve proteggere il paziente da se stesso, è altresì possibile evitare che quest'ultimo, sotto l'onda di una non compromessa ma neanche vigile coscienza del pericolo, soccomba per rischi altrimenti attenuabili; vale a dire che, in casi contrassegnati dal dubbio sull'effettiva percezione della gravità potenziale della situazione, il medico, seppur non direttamente, potrebbe sollecitare in tal senso i familiari (o gli altri soggetti legittimati in base al combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c.) a richiedere l'amministrazione di sostegno.

⁹² C. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 328-332.

⁹³ Situazione analoga a quella dell'autoesposizione al pericolo per B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 722 s.; secondo altri, intercorrerebbe tra le due tipologie di casi la stessa differenza che intercorre tra il suicidio e l'omicidio del consenziente (T. LACKNER, *Pre-commento al § 211*, in T. Lackner - K. Kühl (a cura di), *Strafgesetzbuch: StGB*, 20^a ed., München, Rn. 12); per altri ancora (D. DÖLLING, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 71-94; R. HELGERTH, *AIDS, Einwilligung in infektiösen*

casistica, s'impone di qualificare adeguatamente le condotte – dell'infecto-*HIV* e del *partner* sano –, per capire fino a che punto il successivo contagio o finanche l'eventuale morte del secondo possano essere imputati alla sfera di responsabilità (unicamente) dell'uno o dell'altro⁹⁴.

In tale gruppo di casi, premessa la generale operatività dell'imputazione oggettiva nei confronti del soggetto 'che mette in pericolo' a condizione che il danno si ponga come diretta conseguenza del rischio che egli si prefiguri, è la condizione della previsione del rischio – da parte di entrambi i soggetti in pericolo – a risultare decisiva per imputare oggettivamente l'evento esclusivamente al soggetto 'messo in pericolo': ossia, è fondamentale che questi sia, innanzitutto, consapevole del pericolo, perché altrimenti qualsiasi consenso sarebbe inoperante. Qualora il 'messo in pericolo' sia ignaro del rischio che corre, l'evento lesivo va imputato unicamente al soggetto 'che mette in pericolo'. Il che, nel caso di contagio da *AIDS*, significa imputare oggettivamente l'evento lesivo (contagio o morte) al soggetto infecto-*HIV*, l'unico cosciente del grave rischio per l'incolumità fisica insito nel contatto sessuale.

Nei casi di consapevole autoesposizione al pericolo, invece, tutto quanto premesso ha l'ovvia conseguenza di escludere che possano imputarsi oggettivamente eventi al 'garante' che sia stato mero concorrente nella realizzazione dell'evento lesivo. E ciò, ci pare, dovrebbe valere *a fortiori* nell'evenienza in cui colui che realizza la condotta causalmente efficiente abbia fatto quanto giuridicamente possibile per far sì che il soggetto 'debole' acquisisse coscienza dell'esposizione al pericolo.

5. Conclusioni.

Non riteniamo che la posizione di garanzia facente capo al medico specialista inglobi *sic et simpliciter* anche l'impedimento di eventi legati a patologie del tutto avulse rispetto al suo campo di competenza; al più, nel ritenere plausibile che l'obbligo di garanzia posto in capo a quest'ultimo debba essere modulato tenendo conto del rapporto terapeutico, conveniamo con la Corte di legittimità nell'affermare che la funzione di protezione vada svolta comprendendo anche 'attività d'indirizzo', ove ci si trovi al cospetto di pazienti che vivano un rapporto presumibilmente problematico con la realtà

Geschlechtsverkehr, in *NStZ*, 1988, p. 263 s.), sarebbe necessario operare un bilanciamento tra il bene messo in pericolo e quello proprio, giungendo all'esito – qualora i beni siano equiordinati o si tratti dello stesso bene – d'imputare oggettivamente l'evento sempre al soggetto che 'metta in pericolo' (nella formulazione di Dölling) o di ricorrere a specificazioni fondate sull'ambito di applicazione (nella formulazione di Helgerth, il quale riduce le ipotesi di contagio dell'*AIDS* imputabili oggettivamente al partner ammalato, espungendo i casi verificatisi nell'ambito di un rapporto coniugale).

⁹⁴ Come si è accennato, a fondare l'esclusione dell'imputazione oggettiva dell'evento a chi esponga altri al pericolo, però, non può essere il mero c.d. "consenso alla successiva lesione": innanzitutto perché il consenso può operare solo se rivolto alla prospettiva di un intervento sui decorsi causali da parte del soggetto 'che metta in pericolo'; in secondo luogo, perché ammettere una configurazione simile significherebbe obliterare l'ammissibilità di un consenso senza prospettive; v. C. ROXIN, *op. loc. ult. cit.*

e con la propria salute e rendano, pertanto, complessa la decodificazione della sintomatologia descritta o, anche, solo accennata.

La 'particolarità' dei casi, però, non può essere automaticamente desunta dalla scarsa afferrabilità dei disturbi psichici, specie se di lieve entità: essa deve riguardare unicamente ipotesi in cui il paziente presenti – accanto ai disturbi di afferenza psicologica e psichiatrica – un atteggiamento dissimulatorio rispetto ai sintomi sofferti. Ciò, nell'ovvia convinzione di non considerare il terapeuta sotto una luce taumaturgica: suggestiva nell'evocazione del paziente, ma non trasferibile sul piano del diritto penale.

Per quanto riguarda la 'peculiarità' dei doveri, premesso che l'elasticità di cui godrebbe l'obbligo di garanzia del medico in situazioni connotate dalle particolarità anzidette non può porsi in contrasto con la legge penale, è all'art. 40 cpv. c.p. che la condotta inerte dev'essere riferita. Ne consegue il rigetto della lettura del problema alla luce del solo criterio della sussistenza della colpa.

Perciò ci siamo soffermati sul concetto di obbligo di garanzia, differenziandolo da quelli affini, e ne abbiamo fissato l'ineludibile connessione con la sussistenza dei poteri impeditivi. Essi, quale esplicazione dell'esercitabilità della funzione di tutela cui è preposto il garante, si pongono come irrinunciabili in un sistema penale che tenda all'impiego della pena come strumento d'integrazione sociale⁹⁵.

Sebbene l'indagine sui poteri impeditivi non debba essere appiattita sulla sola dimensione materiale, è altresì imprescindibile riferirsi anche alla loro esercitabilità concreta. Dalla svalutazione della dimensione fattuale, infatti, potrebbe scaturire l'attribuzione al sanitario della responsabilità per eventi connessi a un pericolo che questi non poteva antivedere, come è verosimile nei casi in cui egli si debba relazionare a soggetti tendenti a travisare i dati della realtà o a negare propri stati patologici.

Sul piano giuridico, gli obblighi 'peculiarissimi' sono distinguibili in due diverse attività: d'indirizzo e di verifica. Delle due, unicamente la prima ci sembra che possa rientrare nell'ambito della *Garantenstellung* in esame, perché non essendovi alcun obbligo autonomo per lo svolgimento di entrambe e dovendole, quindi, riferire alla generale funzione di protezione svolta dal medico in quanto tale, ci pare estremamente arduo ricondurre ad essa le attività di verifica. Soltanto le prime attività, infatti, sono conciliabili con l'autodeterminazione del paziente, dal momento che il medico non ha poteri giuridici d'ingerenza ulteriori alla sollecitazione, *a fortiori* nei confronti di un soggetto capace di orientarsi. E, se ciò vale per il compimento di attività afferenti al proprio campo di competenza, varrà a maggior ragione qualora il medico riconosca la propria incompetenza specialistica.

In ipotesi contrassegnate dalle 'particolarità' suddette, allora, quanto prefigurato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento assume una duplice veste: da un lato, quella di tentare di fissare degli argini – pur se impropriamente ricercati sul solo campo della colpa – per realizzare una tutela di beni affidati alle cure del medico; dall'altro, quella di proteggere il medico stesso dalla responsabilità penale, imponendogli di compiere alcune attività, in ogni caso difficili da provare in giudizio.

⁹⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

Nella realizzazione di questi scopi, l'indicazione della Corte di legittimità di dover compiere ulteriori attività 'di verifica' oltre a quelle di sollecitazione e indirizzo ci pare, però, pericolosamente sbilanciata.

Il compimento di attività d'indirizzo, a nostro avviso, è invece funzionalizzato alla protezione del paziente, al quale viene data la possibilità di rivolgersi ad (altri) specialisti. Si tratta di una soluzione che riconosce alla specificità delle competenze e alla limitatezza dei poteri impeditivi un significato univoco per la sussistenza – e per il venir meno – di obblighi di garanzia. A meno che, diversamente dal caso *sub judice*, non si tratti di un paziente per il quale possano attivarsi istituti civilistici di assistenza, poiché in tale ipotesi il sanitario avrebbe un margine d'intervento ulteriore rispetto alla sollecitazione a compiere accertamenti ulteriori, ma comunque non corrispondenti all'attività di verifica tracciata dalla Corte di legittimità.

Peraltro, la coscienza maturata dal soggetto tutelato, che sia stato avvertito della possibilità di correre rischi per la propria salute e che sia stato reso edotto dell'opportunità di compiere accertamenti specifici in ordine ai sintomi descritti, permette di escludere l'imputazione oggettiva degli esiti di patologie estranee al settore di competenza dello specialista, perché il paziente si espone autonomamente al pericolo del quale è stato reso edotto.

Se ciò vale in generale per tutti i casi di autoesposizione al pericolo, deve valere a maggior ragione rispetto alla c.d. autodeterminazione del paziente che, operando nello svolgimento del rapporto terapeutico, ossia rispetto all'informazione su rischi omogenei a quelli da cui lo specialista deve 'proteggere' il proprio paziente, ci sembra ancor più valida laddove non vi sia continuità tra le procedure consigliate o prospettate e l'attività terapeutica specialistica svolta dal professionista che le indichi al paziente. Nel senso che se, in assenza del consenso, al sanitario è precluso perfino d'imporre quella che egli considera essere la miglior scelta terapeutica, perché la libertà di autodeterminazione del diretto interessato «influisce direttamente sul margine di rischio del medico e soprattutto, escludendola, sul giudizio di 'rimproverabilità' per non aver adottato la terapia migliore, ma non consentita»⁹⁶, ci sembrerebbe contraddittorio conferire efficacia minore (o nulla) alla libera autodeterminazione del paziente in casi in cui il medico specialista goda di un margine di competenza molto labile e possa, al più, rivolgergli sollecitazioni affinché non trascuri una potenziale situazione patologica in corso e i suoi possibili effetti lesivi.

Nondimeno, qualora s'intenda valorizzare a ogni costo il compimento di attività di verifica, individuiamo due possibilità *de lege ferenda*. La prima è costituita dall'incriminazione *ad hoc*, come reato omissivo proprio, del mancato svolgimento dell'attività di verifica da parte del sanitario; il che, specie ove non costituisca un reato d'evento, genererebbe gravi perplessità per la svalutazione degli effetti lesivi che dovrebbero connettersi alla funzione di tutela svolta dal medico, nonché per la corrispondente ipervalutazione del dato meramente formale consistente nel mancato espletamento di un'attività (latamente) certificativa, presuntivamente pericolosa.

⁹⁶ C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può, cit.*, p. 243.



10/2017

D'altronde, alla luce delle considerazioni svolte sull'autonomia della vittima e, quindi, sull'autodeterminazione terapeutica, ci pare molto arduo sostenere che una fattispecie omissiva propria tuteli il soggetto 'inerte', risultando, piuttosto, orientata a offrire ai sanitari un *escamotage* per evitare addebiti penali e, agli aventi causa delle vittime, un ristoro patrimoniale. E, allora, ci pare preferibile una seconda soluzione che contempli specifici doveri certificativi e di verifica unicamente sul piano della responsabilità professionale e civile, laddove ricorrano i requisiti di cui all'art. 2236 c.c.: soluzione che, oltre a sembrarci più coerente con i propri scopi, risulta maggiormente rispettosa del principio di *extrema ratio*.