

**LA RESPONSABILITÀ MEDICA PER MANCATA DIAGNOSI.  
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA COOPERAZIONE  
OMISSIVA IPOTETICA**

Nicolò Amore

*(Ricercatore in diritto penale, Università di Pisa)*

*Ma ognuno che è in colpa dovrà egli essere responsabile  
di tutti gli eventi che sorgono intorno a lui?*  
F. Carrara, Opuscoli di Diritto criminale, III, 58.

Sommario: 1. Inquadramento e rilevanza della questione. – 1.2. Postille metodologiche. – 2. Cenni sulle caratteristiche e sulla funzione clinica dell'attività diagnostica. – 2.1. Lo statuto giuridico-penale dell'attività diagnostica. – 2.1.1. L'applicabilità dell'art. 590-*sexies* Cp. – 3. La responsabilità da mancata diagnosi. – 3.1. L'approccio «sintetico» e «causale» della giurisprudenza: la diagnosi mancata quale *condicio sine qua non* dell'evento infausto – 3.2. Il problema della causalità dell'omissione nel quadro dell'accertamento «scientifico» del nesso eziologico. – 4. Una ricostruzione alternativa, tra responsabilità monosoggettiva e plurisoggettiva. – 4.1. La diagnosi mancata del medico non curante come contributo «frazionato» e «omissivo» a un'azione impeditiva plurisoggettiva. Fondamento teorico e inquadramento normativo. – 4.2. La configurabilità di un concorso di persone puramente ipotetico. – 5. La spada di Damocle del consenso *ipotetico* al trattamento *ipotetico* da parte del paziente (ovvero sul problema del contributo *ipotetico* della vittima all'evento lesivo). – 6. Conclusioni.

1. La diagnosi è il fulcro su cui poggia l'efficacia – e, frequentemente, persino la stessa effettuabilità – dell'attività terapeutica. Affinché una patologia possa essere contenuta, ridotta o addirittura risolta, è ovviamente necessario identificarla; soltanto a seguito della sua corretta individuazione si potrà eventualmente affidare il paziente a una competenza medica specialistica, allo scopo di selezionare e, poi, somministrare il trattamento terapeutico adeguato.

Consapevole del rilievo centrale che la diagnosi assume per la tutela della salute del paziente, la giurisprudenza penale ha adottato un approccio particolarmente rigoroso nei confronti delle sue disfunzioni.

In primo luogo, la diagnosi mancata – in tale nozione ricomprendendo la diagnosi omessa, errata o tardiva – viene spesso qualificata come una condotta suscettibile, già di per sé, di sorreggere l'imputazione di un evento infausto penalmente rilevante. Così, ad esempio, il radiologo che non abbia riconosciuto una frattura, viene facilmente ritenuto responsabile delle lesioni provocate dalla mancata immobilizzazione delle ossa interessate<sup>1</sup>.

In secondo luogo, oltre a esser ritenuta una possibile «causa» dell'evento tipico, la diagnosi mancata viene pure considerata estranea al regime di maggior favore assicurato dall'art. 590-sexies Cp. Conformemente alla nota – e controversa – decisione delle Sezioni Unite, la giurisprudenza tende invero a riferire la «causa di non punibilità» delineata in quella disposizione, a ipotesi di imperizia che intervengano, tutt'al più, nella «fase attuativa» delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, o desumibili dalle «buone prassi»; una fase cui non appartarrebbe la diagnosi, la quale invece, ancor prima, concorrerebbe proprio al riconoscimento delle linee guida adeguate al caso concreto<sup>2</sup>.

Nelle prossime pagine si offriranno alcuni spunti auspicabilmente utili a stimolare un ripensamento in merito all'inquadramento penale dell'attività diagnostica. In particolare, dopo averne ricostruito lo statuto, si analizzerà il problema della rilevanza causale delle negligenze valutative, nel quadro di una interpretazione propriamente «scientifica» del nesso eziologico. A tale proposito, si verificherà la possibilità di inquadrare la diagnosi mancata quale prima frazione di un contegno impeditivo che, per la sua realizzazione, potrebbe anche prevedere l'intervento di una pluralità di sanitari differenti. Si tratterebbe, dunque, di una problematica ipotesi di concorso omissivo frazionato nel reato omissivo, dove a esser ipotetico non è soltanto il giudizio circa l'efficacia impeditiva dell'evento – da parte del complesso coordinato, e sovente plurisoggettivo, dei contegni necessari all'attuazione del trattamento terapeutico – ma, ancor prima, il rapporto di cooperazione tra i contributi concorsuali, che rimane congetturale poiché l'omissione «a monte» della diagnosi inibisce persino l'attivazione degli altri co-obbligati e garanti, se non persino la loro stessa identificazione. Nei paragrafi conclusivi si esamineranno problematicamente gli strumenti ermeneutici

---

\* Il presente lavoro è stato finanziato dall'Università di Pisa per mezzo dei fondi «PRA – Progetti di Ricerca di Ateneo» - n. 94 progetto PRA 2022-2023, dal titolo «Buone pratiche e modelli di regolamentazione per l'impiego della IA nella diagnostica per immagini».

<sup>1</sup> Cfr. Cass. 22.3.2022 n. 9701, in *SP*, e più approfonditamente v. *infra*, par. 3.

<sup>2</sup> V. *infra*, par. 2.1.

impiegabili per la risoluzione del rebus interpretativo, valutandone le *performance* anche alla luce dei principi che caratterizzano il nostro diritto penale. Infine, da tale disamina si proveranno a trarre alcune indicazioni politico-criminali, ventilando soluzioni utili, forse, a *migliorare* il trattamento penale delle disfunzioni valutative prive di rilevanza propriamente causale.

1.1. Prima di cominciare, un breve *disclaimer*. Il presente lavoro mette a frutto alcune delle riflessioni maturate durante il percorso di approfondimento della responsabilità medica colposa, nonché nell'ambito di due progetti di ricerca multidisciplinari differenti: il primo, avente a oggetto (tra l'altro) il problema della responsabilità nella diagnostica per immagini effettuata con il supporto dell'intelligenza artificiale<sup>3</sup>; il secondo, invece, sulle «Buone pratiche e modelli di regolamentazione per l'impiego della IA nella diagnostica per immagini»<sup>4</sup>.

Tanto lo studio teorico quanto (soprattutto) l'approfondimento empirico hanno dato modo di constatare l'estrema variabilità delle configurazioni concrete che i processi diagnostici possono assumere nella pratica clinica. Una variabilità tale da non prestarsi a schematizzazioni compiutamente esaustive, ma che d'altra parte, se resa in modo più completo e diversificato, disperderebbe l'attenzione di chi legge, confondendolo. Si è ritenuto, perciò, di adoperare un approccio più sintetico, proponendo una classificazione casistica, comunque, fedele alla realtà e comprovata dal lavoro di ricerca (anche giurisprudenziale)<sup>5</sup>, che risulti utile e intellegibile per una riflessione sui temi che si vogliono qui esplorare, quali quelli della posizione di garanzia, del nesso di causalità e della cooperazione colposa mediante omissione.

---

<sup>3</sup> Si tratta della costola di un'indagine più ampia – coordinata dal Laboratorio dei Diritti Fondamentali (Dir. Vladimiro Zagrebelsky) del Collegio Carlo Alberto di Torino in collegamento anche col diverso progetto di ricerca dell'Università Cattolica «Funzioni pubbliche, controllo privato. Profili interdisciplinari sulla governance senza governo della società algoritmica» (RS Prof. Gabriele Della Morte) – che ha trovato sfogo nel recente lavoro monografico N. Amore – E. Rossero, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità. Una ricerca sociologica e giuridico-penale*, Bologna 2023, adesso liberamente consultabile anche su [labdf.eu](http://labdf.eu) (con riferimento ai profili sociologici, v. inoltre L. Lombi – E. Rossero, *How Artificial Intelligence is reshaping the autonomy and boundary work of radiologists. A qualitative study*, in *Sociology of Health & Illness*, 2, 2024, 200 ss.

<sup>4</sup> La ricerca (RS Prof. Antonio Vallini) è attualmente in corso, e coinvolge il Dipartimento di Giurisprudenza, quello d'Informatica e la Scuola Interdipartimentale di Medicina (specificamente il suo Dipartimento di Ricerca Traslationale e delle Nuove Tecnologie) dell'Università di Pisa; è consultabile sul sito istituzionale [prajus.unipi.it](http://prajus.unipi.it).

<sup>5</sup> V. *infra*, par. 3 ss.

2. In via di principio, se si volesse approssimare il percorso di cura a una linea, si potrebbero isolare almeno cinque punti fondamentali<sup>6</sup>, tutti presupponenti il consenso del paziente<sup>7</sup>:

- i. l'anamnesi, in cui il medico viene a contatto con il paziente e ne raccoglie i dati (clinici, farmacologici, sociali e ambientali), la storia medica, e i sintomi che accusa;
- ii. la diagnosi, attività con la quale il medico cerca d'individuare la patologia che affligge il paziente e che dovrà essere oggetto di trattamento<sup>8</sup>;
- iii. l'individuazione della terapia, o comunque del trattamento sanitario più adeguato, in accordo col paziente (c.d. «alleanza terapeutica»), finalizzata a selezionare il presidio adeguato a contrastare la patologia accertata, in linea con le volontà del paziente (raccolte attraverso il c.d. «consenso informato»);
- iv. la somministrazione della terapia o l'attuazione del trattamento concordati con il malato; infine
- v. la fase di monitoraggio post-trattamento (c.d. «*follow-up*»), che in buona sostanza serve a verificare l'evoluzione del quadro clinico del paziente dopo la cura.

Com'è agevole osservare, dunque, la diagnosi si pone esattamente nella prima parte del percorso di cura, costituendo una *condicio sine qua non* della sua positiva evoluzione. In effetti, si può ben dire che senza la diagnosi – e dunque senza la previa individuazione della patologia – il paziente rimane privo di effettive possibilità terapeutiche, non essendosi individuate le problematiche mediche da aggredire (*nulla cura sine diagnosi*)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> In proposito si rinvia ad Aa.Vv., *Harrison's principles of internal medicine*, a cura di Loscalzo&Al., 1, New York 2022, 54 ss.; Aa.Vv., *The Merck Manual of Diagnosis and Therapy*, Readington 2018; v. anche F. Buzzi, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico-legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *RIML* 2005, 31 ss.

<sup>7</sup> A riguardo v. *infra*, par. 5.

<sup>8</sup> Essa consiste in «quel momento, fondamentale, in cui il clinico esprime la sua scienza, esercitandosi nell'individuazione della patologia su cui dovrà poi essere progettato il successivo percorso terapeutico. In tal senso, quindi, è un'azione, al tempo stesso, cognitiva, interpretativa, valutativa e decisionale, che chiama in causa sia la professionalità, che la responsabilità del clinico che la effettua» (cfr. N. Amore – E. Rossero, *Robotica e intelligenza artificiale*, cit., 178).

<sup>9</sup> Emerge bene, dunque, il ruolo di vera propria «condizione di sbarramento» che assolve: se non si individua la patologia, infatti, concettualmente il percorso di cura neppure inizia, e tutt'al più il malato potrà veder trattati i suoi sintomi (v. *infra*); quando la patologia è stata ben individuata, invece, ecco che si può procedere agli (eventuali) ulteriori accertamenti propeedeutici alla scelta del trattamento, e alla somministrazione della cura.

Naturalmente, nel passaggio dalla schematizzazione alla realtà, la situazione può farsi più complessa: anzitutto perché non sempre la terapia segue una diagnosi<sup>10</sup>, ma soprattutto perché la stessa diagnosi non è approssimabile a un punto. Piuttosto, come suggerisce la stessa etimologia della parola<sup>11</sup>, essa consiste in un'attività complessa, dove il clinico deve esercitare sia la propria capacità di ragionamento, che quella di selezione e interpretazione dei test ritenuti funzionali all'individuazione della malattia. Un vero e proprio processo, dunque, che auspicabilmente culmina nella diagnosi definitiva, ma che è composto da una serie di atti che possono richiedere pure l'intervento di altri specialisti. Difatti, dopo aver raccolto l'anamnesi del paziente e aver espletato il suo esame fisico, il medico deve anzitutto formulare la c.d. «diagnosi differenziale», consistente in buona sostanza in un elenco di possibili spiegazioni patologiche del quadro del malato che ha ricostruito, alla luce dei sintomi, dei segni e delle informazioni precedentemente assunte e accertate; a seguito di tale preliminare valutazione, poi, deve sottoporre il paziente ai test clinici necessari per approfondire le ipotesi avanzate, condotti dai professionisti in possesso delle conoscenze per effettuarli (ad es. il microbiologo per l'analisi di determinati campioni, oppure il radiologo per l'effettuazione dei test di *imaging* prescritti, e così via); infine, i risultati ottenuti vengono revisionati, e si formula la diagnosi definitiva, contenente l'individuazione della patologia<sup>12</sup>.

In breve, nella pratica clinica la diagnosi è la risultante di un processo alquanto complesso e difficilmente omologabile – nei modi, nei processi, nei tempi, nell'ordine

---

<sup>10</sup> Le eccezioni sono note e ben individuate anche a livello manualistico, e comprendono per esempio i casi in cui si debba ricorrere a trattamenti puramente sintomatici (si pensi alle situazioni di urgenza terapeutica), oppure le terapie relative a malattie sconosciute, o ancora al trattamento di situazioni infettive che richiedono approcci empirici. Invero, la diagnosi può essere comunque indotta a mutare dall'evolversi del quadro clinico, nella misura in cui implichi la presenza di nuove patologie o comorbidità in grado di richiederne un adattamento, o comunque di dimostrarne la fallacia (essa ha dunque intrinseche caratteristiche, se non di precarietà, comunque di temporaneità e falsificabilità); a tale proposito, è interessante considerare come la stessa «terapia» possa partecipare alla diagnosi, nel senso che lo scarso risultato del trattamento intentato sulla base della prima diagnosi può di per sé dimostrare che essa è fuori fuoco, come, viceversa, primi segnali di un buon esito terapeutico sono di conforto all'ipotesi diagnostica.

<sup>11</sup> Deriva dal greco "dia" (διά), che significa «attraverso», e «gnosis» (γνῶσις), ossia "conoscenza". La combinazione delle due parole suggerisce l'idea di arrivare alla comprensione di qualcosa attraverso un processo cognitivo di esame e analisi.

<sup>12</sup> In concreto, le modalità attraverso cui la diagnosi può essere svolta variano considerevolmente, anche a seconda del tipo di patologia che si deve indagare. Per esempio, prima di arrivare alla valutazione definitiva potrebbe essere necessario sperimentare in concreto una possibile terapia, per verificare poi clinicamente se essa appaia adeguata al contrasto della patologia provvisoriamente ipotizzata. Ad ogni modo le esemplificazioni che si possono fare sono davvero molteplici, come testimoniano – tra le tante – le pagine di Aa.Vv., *Current Medical Diagnosis & Treatment*, a cura di M.A. Papadakis&Al., New York 2024.

delle attività – e richiede spesso il supporto di una *équipe*, per giunta multidisciplinare<sup>13</sup>. Da tale ultimo punto di vista, peraltro, si potrebbe sostenere che, in molti casi, «il medico che fa la diagnosi» non esiste, essendo più corretto parlare del «medico *responsabile* della diagnosi», formulata anche sulla base delle valutazioni ricevute dagli altri partecipanti al processo<sup>14</sup>.

2.1. Dal punto di vista giuridico, l'attività diagnostica rientra senza dubbio nella categoria degli «atti medici».

Invero, a dispetto della mancanza di una definizione espressa di questa categoria, il suo contenuto può essere ricostruito in modo sufficientemente chiaro attraverso l'interpretazione sistematica delle disposizioni rivolte alla tutela del diritto a cui tali atti sono finalizzati: la salute. In effetti, l'art. 32 Cost. prima, e le sue disposizioni attuative dopo, hanno pensato di promuovere l'impiego della medicina allopatrica<sup>15</sup> per la realizzazione del «programma di tutela»<sup>16</sup> rivolto ad assicurare il «benessere fisico, mentale e sociale» della persona<sup>17</sup>. Essa rappresenta una branca della conoscenza

---

<sup>13</sup> Tant'è che alcune delle principali raccomandazioni della US National Academy of Medicine per migliorare la qualità della diagnosi alludono proprio alla necessità di migliorare le competenze relative al «teamwork» (in proposito v. anche *Committee on Diagnostic Error in Health Care, Improving Diagnosis in Health Care*, Washington DC 2015).

<sup>14</sup> Si pensi per l'appunto ai test e alla registrazione dei loro risultati, che potrebbe essere compiuta da specialisti diversi rispetto a quelli competenti sulla patologia ipotizzata, oppure anche al caso in cui la stessa valutazione diagnostica debba essere compiuta in *équipe* (invero, ai sensi dell'art. 59 del Cod.deont., è obbligo del medico curante di «proporre il consulto con altro collega o la consulenza presso idonee strutture», qualora la complessità del caso clinico o l'interesse del malato esigano il ricorso a specifiche competenze specialistiche diagnostiche e/o terapeutiche

<sup>15</sup> In merito alle caratteristiche della medicina occidentale moderna si veda G. Cosmacini – C. Rugarli, *Introduzione alla medicina*, Roma 2007.

<sup>16</sup> Sul concetto v. G.A. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004, 46 s. ove si mette in luce tra l'altro come «il riconoscimento, ad es., di interessi quali l' "ambiente", la "salute" [...] e così via dicendo, sottenda un novero di valutazioni che sarebbe, ad un tempo, eccessivo e limitativo ritenere traducibili in una dimensione legale volta a farne "oggetto" specifico e puntuale di disciplina repressiva. La prospettiva costituzionale della tutela guarda a simili interessi come comprensivi di un insieme di esigenze, di aspirazioni, di modelli teleologici [...] rispetto ai quali le singole fattispecie sono destinate ad apparire, volta per volta, soltanto come un (sia pur fondamentale [...]) "momento di passaggio", per così dire, a fronte del più vasto campo di interventi implementabili anche (ed anzi, soprattutto) in forza di metodi e di strategie di controllo a livello extrapenale»; a riguardo si leggano inoltre le riflessioni di G. Di Vetta, *I «Programmi di tutela» di Giovannangelo De Francesco e la dimensione disciplinare del diritto penale*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovannangelo De Francesco*, a cura di A. Gargani&Al., Pisa 2022, 276 ss.

<sup>17</sup> Seguendo il dettato del Preambolo della *Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé*, «La santé est un état de complet bien-être physique, mentale et social, et ne consiste pas seulement en une absence del maldie ou d'infirmité». Questa definizione «soggettiva» di salute riecheggia sia nell' art. 1 l. 23.12.1978 n. 833, che parla di «salute fisica e psichica», che deve essere tutelata «nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana»; sia nell'art. 3, comma 1 del Cod. deont. med., che pone quale dovere fondamentale del medico quello della

dotata di una tradizione ultra-millenaria, ed è dedita allo studio e alla pratica delle tecniche di guarigione dell'uomo<sup>18</sup>. In origine, il suo sapere era di tipo prevalentemente sapienziale e sacerdotale<sup>19</sup>, ma nel tempo si è evoluto<sup>20</sup> sino ad acquisire solide basi scientifiche (la c.d. «medicina delle evidenze»), divenendo così la disciplina maggiormente razionale, e conseguentemente anche controllabile, per assicurare il benessere psico-fisico delle persone<sup>21</sup>. Difatti, oggi le terapie si devono fondare su studi empirici rigorosi e verificabili, capaci di attestarne i concreti effetti positivi sulla biologia (e più in generale sulla «condizione») umana. Per tale ragione si parla di «atti sanitari» nell'art. 32, co. 2 Cost., per questo si istituisce un Sistema Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978) e si approvano disposizioni volte a regolamentare la pratica dell'*ars medica*, condizionandone tra l'altro il suo esercizio al possesso di un'abilitazione che lo Stato stesso si riserva di attribuire, a coloro che abbiano completato un apposito percorso di studio teorico-pratico e ottenuto un diploma avente valore legale: quello di medico-chirurgo (v. da ultimo il d.l. 17.3.2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24.4.2020 n. 27). Del resto, è proprio grazie alla speciale considerazione di cui essa gode, che l'ordinamento la autorizza, anche al netto dei rischi che può provocare (c.d. «attività rischiosa giuridicamente autorizzata»)<sup>22</sup>, in ciò dunque assicurandole

---

protezione «della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera». Perciò, come si è già avuto modo di osservare in N. Amore, *Dissenso informato alle emotrasfusioni e trattamento sanitario coatto*, in *DPC* fasc. 7/8, 2017, 176, il concetto di salute deve sempre essere inteso in accordo con «la percezione individuale del proprio stato di salute e del carico di sofferenze che un certo intervento può comportare» (cfr. M. Pelissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *DPP* 2009, 465; v. inoltre A. Gargani, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *RIML* 2014, 508).

<sup>18</sup> Si rinvia per tutti ad Aa.Vv., *The Oxford Handbook of the History of Medicine*, a cura di M. Jackson, Oxford, 2011; V. Giuffra – G. Fornaciari, *La storia della medicina. Dagli egizi al XX secolo*, Pisa, 2022.

<sup>19</sup> Molte spiegazioni della malattia erano spesso associate a temi divini o soprannaturali (celebre il caso dell'epilessia, denominata «morbo sacro» e ritenuta l'imprevedibile manifestazione di un intervento divino su cui l'uomo non aveva diretto potere).

<sup>20</sup> Convenzionalmente si ricollega al *Corpus Hippocraticum* la nascita della medicina occidentale, intesa come osservazione razionale e sistematica dei fenomeni legati alla salute e alla malattia (in proposito v. per es. J. Jouanna, *Hippocrate, Introduction Générale. Vie Selon Soranos, Presbeutikos ou discours d'Ambassade, Épibômios ou discours à l'Autel, Décret des Athéniens, Lettres I and II*, Paris 2020; Id., *La nascita dell'arte medica occidentale*, in *La storia del pensiero medico occidentale*, a cura di M.D. Grmek, Roma 2007, 3 ss.).

<sup>21</sup> Secondo la nota definizione di D.L. Sackett et al., *Evidence-based medicine: What it is and what it isn't*, in *BMJ* 1996, 312 ss., essa designa un metodo in cui «le decisioni cliniche risultano dall'integrazione tra l'esperienza del medico e l'utilizzo coscienzioso, esplicito e avveduto delle migliori evidenze scientifiche disponibili, mediate dalle preferenze del paziente».

<sup>22</sup> In proposito v. F. Mantovani, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *RIDPP* 2011, 414 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003; più di recente F. Consulich, voce *Rischio consentito*, in *ED* 2021, 1102 ss.

una autonomia più ampia rispetto a quella di altre discipline<sup>23</sup> che, pure, perseguono il suo medesimo scopo (si pensi ad esempio all'omeopatia, oppure alla chiropratica o alla naturopatia)<sup>24</sup>.

Tirando le fila del discorso, perciò, per il diritto italiano<sup>25</sup> può essere considerato «medico» ogni atto rivolto a prevenire, trattare o riabilitare una condizione di malessere dell'uomo, secondo regole d'arte scientificamente fondate e in grado di assicurare i migliori benefici a fronte dei minori pericoli possibili per la salute, compiuto da un soggetto appositamente abilitato in accordo col paziente<sup>26</sup>.

All'interno della categoria di «atto medico» così definita, la diagnostica ne rappresenta certamente una delle esemplificazioni più icastiche, perché testimonia la capacità di quell'arte di *individuare* obiettivamente e *spiegare* scientificamente la patologia del paziente, ponendo così le condizioni per la sua cura. Non sorprendentemente, essa viene considerata dagli addetti ai lavori «the essence of medicine»<sup>27</sup>, tanto che pure a livello deontologico si è voluto esplicitare come «la diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità» (cfr. art. 3, co 3., Cod.deont.).

Dal canto suo, anche la giurisprudenza penale non ha mai mostrato dubbi nel ritenere la diagnosi – ossia «l'individuazione di un'alterazione organica o di un

---

<sup>23</sup> Con riferimento allo statuto delle attività che non godono di questo riconoscimento, v. per es. M. Mantovani, *Profili penali delle attività non autorizzate*, Torino 2003, e i copiosi riferimenti ivi indicati.

<sup>24</sup> A livello penalistico la distinzione ha ricadute applicative evidenti, poiché le azioni compiute al di fuori di speciali autorizzazioni soffrono degli ordinari limiti previsti per le attività lesive e illecite, consistenti, in sintesi, nell'obbligo di astensione, o nella loro «giustificazione» nei limiti stabiliti dalle fattispecie scriminanti, in particolare dall'art. 50 Cp. Si rammenta, inoltre, che il soggetto non abilitato deve evitare persino di dare l'impressione di essere un medico, pena altrimenti il rischio di incorrere nella tutela apprestata dall'art. 348 Cp. alle professioni soggette a «speciale abilitazione» (v. F. Introna, *Tutela della salute; medicine alternative; esercizio abusivo di professione sanitaria*, in *RIML* 1984, 593 ss.; con riguardo all'omeopatia, v. P. Cipolla, *La responsabilità dell'omeopatia per il reato di cui all'art. 348 c.p., tra i principi costituzionali. Disciplina positiva e orientamenti della giurisprudenza*, in *CP* 2006, 2547; sull'art. 384 Cp. v. inoltre *infra*, nt. 29).

<sup>25</sup> In ciò, peraltro, non vi è difformità con quanto accade nelle principali esperienze giuridiche occidentali, in cui il sistema sanitario nazionale è basato quasi esclusivamente sulla medicina allopatrica (sullo stato della medicina c.d. «Tradizionale», o «Complementare» o «Alternativa», anche dal punto di vista regolatorio, v. per es. WHO *global report on traditional and complementary medicine 2019*, in *iris.who.int*; precedentemente v. WHO, *Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine: A Worldwide Review 2001*, in *iris.who.int*).

<sup>26</sup> Come stabilito adesso anche dall'art. 1, co. 2 l. n. 219 del 2017, infatti, «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico».

<sup>27</sup> AA.VV., *Harrison's principles of internal medicine*, cit., 54.



disturbo funzionale» – un atto «riservato» o «esclusivo» del clinico<sup>28</sup>. Nondimeno, è proprio assumendo lo specifico punto di vista del diritto punitivo, che la definizione del suo regime diviene più complessa rispetto a quella di altri atti medici. La ragione risiede – come anticipato – nella «causa di non punibilità»<sup>29</sup> disciplinata dall'art. 590-sexies Cp., e nel dibattito che ha stimolato sulla sua applicabilità ai professionisti che effettuano tali valutazioni. Un dibattito su cui vale la pena soffermarsi, per puntualizzare opportunamente lo statuto dell'atto diagnostico, prima di inquadrare la rilevanza penale dei casi in cui esso venga a mancare.

---

<sup>28</sup> A differenza di altri ordinamenti (v. *infra*), il nostro codice penale non si occupa espressamente di salute (essendo formalmente ancora imperniato sulla tutela del bene giuridico «statico» dell'incolumità e integrità individuale, cfr. Cass., S.U., 18.12.2008 n. 2437, in FI con nota di G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, 2009, 306 ss.), né contiene una definizione di «atto medico». Nondimeno, poiché l'esercizio di questa attività è condizionato al possesso di una «speciale abilitazione dello Stato», la giurisprudenza penale ha avuto comunque modo di chiarire quali siano gli atti a essa ricollegabili, e quali non, nel diverso ambito dell'art. 348 Cp., rubricato «esercizio abusivo di una professione». Come noto, si tratta di una fattispecie che punisce il compimento *sine titulo* di atti professionali riservati, e altresì di quegli atti «che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva a una determinata professione, sono univocamente individuati come di competenza specifica di essa, e per aver fatto ciò con modalità tali, per continuità, onerosità e organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato» (cfr. Cass. 21.7.2021 n. 28174, in *italgiure.giustizia.it*, da cui sono tratti anche i virgolettati riportati nel testo; v. inoltre Cass. 25.2.2011 n. 10100, in *italgiure.giustizia.it*; per approfondimenti in dottrina, si veda per tutti E. Contieri, *Esercizio abusivo di professioni arti o mestieri*, in ED 1966, 606 ss.; V. Manzini, *Esercizio abusivo di professioni*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1934, 742 ss.; V. Torre, *Esercizio abusivo di professioni*, in *E.D. On-line (TRECCANI)* 2014; in ambito sanitario, N. Mazzacuva – G. Pappalardo, *Mancata iscrizione all'albo da parte del medico ed esercizio abusivo della professione sanitaria*, in *Temì*, 1978, 163 ss.; più di recente, M. Caputo, *L'esercizio abusivo della professione riformato. Il caso dell'attività odontoiatrica*, in *DPC-Riv.Trim.*, 1, 2020, 162 ss.; A. Costanzo, *L'esercizio abusivo delle professioni sanitarie*, in *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, a cura di P. Piccialli, Milano 2021, 605 ss.). In questo contesto, la giurisprudenza penale ha a più riprese riconosciuto l'atto diagnostico come «riservato» al clinico, utilizzandolo peraltro spesso addirittura quale esemplificazione principale per illustrare lo stesso *ubi consistam* dell'attività medica (v. per es. Cass. pen. 8.3.2018 n. 29667, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 26.1.2016 n. 8885 in *italgiure.giustizia.it*).

<sup>29</sup> In dottrina la qualificazione giuridica della disposizione ha dato luogo a qualche disputa. Nello specifico, essa è stata ritenuta una causa di esclusione della tipicità da F. D'Alessandro, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma «Gelli-Bianco»*, in *DPP* 2017, 576 ss.; G.A. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *LP* 2.3.2017, 8; diversamente, è considerata una scusante da M. Caputo – F. Centonze, *alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *RIDPP* 2016, 1366; A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari». Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590-sexies c.p.*, in *LP* 7.12.2017, 24 ss.; O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione «Mariotti» sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su «Colpa medica e sicurezza delle cure»*, in *RIDPP* 2018, p. 837; come noto, la giurisprudenza la ritiene invece a tutti gli effetti una causa di non punibilità, cfr. Cass. S.U., 22.2.2018 n. 8770, in *italgiure.giustizia.it*; più di recente v. Cass. 18.5.2020 n. 15258, in *italgiure.giustizia.it*.

2.1.1. Come noto, l'art. 6 della l. n. 24/2017<sup>30</sup> che ha introdotto il citato art. 590-sexies Cp., subordinando espressamente la non punibilità del sanitario alla condizione dell'adeguatezza delle «linee guida» o «buone pratiche» osservate, alla «specificità del caso concreto» affrontato<sup>31</sup>. Muovendo da un simile dato testuale, la giurisprudenza ha reputato che il legislatore avesse voluto escludere dal novero delle «imperizie» non incriminabili tutte quelle commesse durante il procedimento cognitivo e decisionale propedeutico all'applicazione della esatta linea guida o buona pratica adeguata a *curare* l'effettiva patologia sofferta dal malato. Secondo quanto statuito dalla celebre pronuncia a Sezioni Unite «Mariotti», la ragione di tale conclusione «si individua nella scelta del legislatore di pretendere, senza concessioni, che l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire l'evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino»<sup>32</sup>. Conseguentemente, è divenuto ormai

---

<sup>30</sup> Per un'analisi della legge si rinvia per tutti Aa.Vv., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commentario sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli – M. Hazan – D. Zorzit, Milano 2017; Aa.Vv., *La nuova responsabilità sanitaria: le novità introdotte dalla Legge Gelli (L. 24/2017)*, a cura di M. Lovo – L. Nocco, Milano 2017; in ambito penalistico, v. per esempio M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 344 ss.; recentemente v. pure Aa.Vv., *La responsabilità penale in ambito medico-sanitario*, a cura di P. Piccialli, Milano 2021.

<sup>31</sup> In merito all'art. 590-sexies Cp., alle problematiche interpretazioni giurisprudenziale a cui ha dato causa e alle possibili letture alternative che possono invece, anche con profitto, essere effettuate v. *ex multis* F. Basile – P.F. Poli, *La responsabilità per «colpa medica» a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *SP*, 17.5.2022, M. Caputo – F. Centonze, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *RIML* 2017, 1361 ss.; A. Merli, *Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *AP* 2020; L. Riscato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *LP* 5.6.2017; A. Roiati, *La colpa medica dopo la legge «Gelli-Bianco»: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *AP* 2017; A. Vallini, *Linee guida e colpa*, cit. Tra l'altro, in parlamento si sta discutendo nuovamente di possibili riforme della responsabilità medica, v. P. Piras, *La proposta di legge Matone sulla responsabilità sanitaria e le conseguenze della sua approvazione*, in *SP*, 18.1.2024.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. S.U., 22 febbraio, 2018 n. 8770, cit., con note di R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *DPC* 24.5.2018; R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di s.u. mariotti in tema di responsabilità medica*, in *DPC* 28.5.2018; C. Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *DPC* 1.3.2018; A.R. Di Landro, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *AP* 2018, 2, 2 ss.; L. Riscato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia «lieve» del medico*, in *GI* 2018, 948 ss.; A. Roiati, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*,

pacifico che le ipotesi di diagnosi mancata debbano rientrare, alternativamente, o nelle ipotesi di «negligenza» – esclusa dallo spettro dell'art. 590-sexies Cp. – o comunque «nell'imperizia che, tuttavia, non riguarda la fase attuativa di linee guida non rilevate e rispettate nel caso»<sup>33</sup>.

L'impostazione è ben comprensibile, ma non è condivisibile.

È ben comprensibile perché si ricollega a un dato testuale non molto perspicuo, e a una finalità certamente razionale: limitare l'errore scusabile a quello esecutivo di linee guida pertinenti con il «caso concreto», fermo restando un pieno giudizio di responsabilità nell'ipotesi in cui il medico erri nella loro scelta o compia altre negligenze estranee al perimetro coperto dalle regole tecniche (ad esempio colpisca con un bisturi il paziente a seguito di una manovra maldestra, oppure lo faccia cadere dalla barella). Del resto, è proprio la metodologia «basata sulle evidenze» che richiede al singolo clinico di adattare allo specifico paziente le terapie validate scientificamente, dato che la loro efficacia è sì stata dimostrata, ma soltanto «in media», con riferimento cioè a un largo gruppo di soggetti adeguatamente selezionati<sup>34</sup>.

Tuttavia, come si diceva, non è una lettura che può essere condivisa, perché pecca sia di genericità che di incoerenza<sup>35</sup>, dando per giunta vita a risultati applicativi poco aderenti al quadro assiologico che orienta il giure criminale (a partire dal principio di eguaglianza).

Procedendo con ordine, in primo luogo la diagnosi – lo si è ripetuto più volte – è un'attività, o meglio un processo, estremamente complesso, orientato potenzialmente anche da molteplici linee guida<sup>36</sup>. Pertanto, il fatto che venga *mancata* non può essere *tout court* equiparato a una negligenza. Invero, possono cadere al di fuori

---

in AP 2018, 2, 2 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. 2022 n. 11590, in *italgiure.giustizia.it*; v. inoltre Cass. 22.3.2022 n. 9701, cit., con nota di P. Piras, *L'errore di diagnosi medica: quale l'attuale area di non punibilità?*, in SP, 23.6.2022, che tra l'altro ripropone l'art. 2236 Cc. come strumento per limitare la pretesa punitiva al di fuori della «fase esecutiva».

<sup>34</sup> In breve, l'obiettivo è quello di selezionare un campione di individui adatto a essere sottoposto al trattamento, e in grado di rispecchiare la composizione della popolazione che beneficerà di quel determinato trattamento, al fine di ottenere rispetto a essa risultati validi e generalizzabili (a riguardo si rinvia per approfondimenti a N. Amore – E. Rossero, *Robotica e intelligenza artificiale*, cit., 199 ss., ove si affronta anche la questione dei cambiamenti imposti dal progressivo passaggio al paradigma della medicina «Data Driven»).

<sup>35</sup> Sui concetti di coerenza («allude al piano della teoria del reato, e in sintesi si risolve nella verifica di congruità delle nozioni impiegate, e delle asserzioni proposte, rispetto a dati di sistema e dogmatici consolidati, alle categorie e agli istituti generali del diritto sostanziale») e aderenza («attiene a un giudizio di conformità rispetto ai principi che presiedono la materia penale»), sia consentito il rimando a N. Amore, *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo*, in AP 2022.

<sup>36</sup> Quelle relative alle attività prodromiche alla formulazione della diagnosi differenziale, quelle propedeutiche alla formulazione della diagnosi differenziale, e così via (v. *infra*)

dell'imperizia<sup>37</sup> solo i casi in cui la diagnosi non sia stata fatta, sia stata ritardata o sia stata sbagliata per trascuratezza, distrazione, superficialità (come nel caso in cui il clinico si scordi del quesito che gli era stato posto; oppure, all'atto di formulare la sua diagnosi finale, non si accerti di avere raccolto tutti i risultati dei test che aveva correttamente richiesto, finendo così per effettuare una valutazione incorretta; ancora, ritardi un accertamento urgente per la dimenticanza di ordinari strumenti diagnostici)<sup>38</sup>.

In secondo luogo, e si direbbe forse soprattutto, la giurisprudenza sembra sovrapporre il riferimento al «caso concreto» compiuto dall'art. 590-sexies Cp., con

---

<sup>37</sup> Sulla controversa *actio finium regundorum* tra i parametri della negligenza, imprudenza e imperizia si rinvia (anche per gli attenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali) in particolare ad A. Massaro, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in AP 2017, 13 ss., secondo la quale «Il solo elemento capace di fare la differenza è rappresentato dalla causa dell'errore in cui è incorso il sanitario o, se si vuole, dalla necessaria integrazione del contenuto oggettivo della regola violata attraverso una componente di tipo soggettivo. Circoscrivendo il discorso al settore della colpa professionale, la negligenza consisterebbe in quella disattenzione o trascuratezza in cui incorre il medico che pure possiede le cognizioni e le abilità necessarie allo svolgimento di una certa attività. L'imprudenza si risolverebbe invece nella consapevole "assunzione" di un compito che esula dalle proprie oggettive capacità, pur con la fiducia di poter evitare l'evento. La perizia, infine, individuerebbe la violazione di regole tecniche colpevolmente ignorate da parte del sanitario e necessarie allo svolgimento di una determinata prestazione». Così stando le cose, «in riferimento alla fase della diagnosi, si consideri il caso di un medico che, pur in presenza di sintomi univoci, non riconosca una certa patologia, confondendola con un'altra: l'errore potrebbe derivare da una mera disattenzione del sanitario (negligenza), dal fatto che lo stesso si sia cimentato in una specializzazione che non gli appartiene (imprudenza) oppure dall'ignoranza relativa alla sintomatologia caratteristica di quella patologia (imperizia). Più complesso risulta il caso della omessa diagnosi, che la giurisprudenza tende a inquadrare nella colpa per negligenza". Se l'imprudenza costituirebbe uno schema di regola non praticabile, visto che a venire in considerazione sono condotte (almeno naturalisticamente) omissive, ben potrebbe darsi che l'errata valutazione del quadro diagnostico sia dovuto alla disattenzione di un medico che aveva tutti gli strumenti tecnici per riconoscere una certa sintomatologia (negligenza) o che, per contro, derivi dall'incapacità di valutare un determinato quadro clinico (imperizia)».

<sup>38</sup> Se ci fosse bisogno di conferme di questo basilare dato oggettivo, emergente in modo inconfutabile dalla letteratura e della pratica medica, si può richiamare anche la giurisprudenza formatasi sul previgente art. 3 d.l. 13.9.2012 n. 158 (c.d. «Decreto Balduzzi»). Partendo dalla constatazione che anche quella «limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve» operava «soltanto per le condotte professionali conformi alle linee-guida», non potendosi dunque estendere ai soli errori «connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee-guida contengono solo regole di perizia» (cfr. Cass. 27.4.2015 n. 26996, in *italgiure.giustizia.it*), sono stati numerosi i casi in cui si è applicato l'art. 3 d.l. n. 158/2012 agli errori diagnostici. A tale proposito, vale la pena citare Cass. 16.11.2015 n. 45527, in *italgiure.giustizia.it*, che annulla, con rinvio, la condanna per omicidio colposo irrogata a un medico per non avere valutato correttamente quale sintomo di una «sindrome coronarica acuta», il «dolore toracico retrosternale con irradiazione al braccio bilateralmente» accusato da un paziente visitato a domicilio. In quella pronuncia, la Quarta Sezione rileva invece che il sanitario aveva rispettato le buone prassi, effettuando una diagnosi di colica addominale coerente con il quadro sintomatologico del paziente e, altresì, con l'anamnesi emergente anche da una precedente diagnosi compiuta poco tempo prima presso il pronto soccorso per la medesima patologia. Conseguentemente, la condanna viene annullata, e al giudice del rinvio viene chiesto di rivalutare l'accadimento luce del *novum* rappresentato dal d.l. n. 158/2012.

l'evento avverso *hic et nunc* sofferto dal paziente. In tal modo, sarebbero «adeguate alle specificità del caso concreto» soltanto quelle prescrizioni aventi diretta efficacia impeditiva dell'evento, ossia quelle relative all'effettuazione del trattamento terapeutico (ad esempio, la somministrazione della terapia farmacologica, oppure l'effettuazione dell'intervento chirurgico, etc.). Ciò lo si evince bene pure dalle motivazioni della già citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2018, che, come visto, esclude espressamente la fase della diagnosi differenziale, nonché della selezione delle linee guida, da quelle rilevanti ai fini del giudizio di non punibilità<sup>39</sup>.

A dire il vero, questa visione stride innanzitutto con le ricostruzioni della stessa giurisprudenza di legittimità, secondo le quali la *diagnosi mancata* rileverebbe direttamente come omesso impedimento dell'evento infausto subito dal paziente<sup>40</sup>; si deve osservare, inoltre, come una simile sovrapposizione finisca per contraddire lo stesso dato testuale, creando per giunta irrazionalità nella fase di *enforcement*.

In effetti, quando si parla di «adeguate alle specificità del caso concreto», ci si riferisce alla *situazione clinica* del malato preso in carico dal medico. Rispetto a essa, si richiede al sanitario di affrontarla – dal suo inizio alla sua fine – impiegando le linee guida (o, in subordine, le buone pratiche) corrette. È questa la pretesa che l'ordinamento avanza, garantendo poi la «non punibilità» in caso di una loro difettosa esecuzione. Difatti, le linee guida che interferiscono col «caso concreto» – e che devono essere applicate per *curare* la malattia e, perciò, *impedire* l'evento – sono numerose, e vanno ben al di là della terapia stessa. Nello specifico, seguendo la progressa schematizzazione per punti (o volendo a fasi), del percorso di cura<sup>41</sup>: anzitutto,

- i. ci possono essere raccomandazioni di linee guida che regolano l'anamnesi; poi,
- ii. ci sono quelle che regolano il processo diagnostico, che cambiano notevolmente<sup>42</sup> in relazione al quadro sintomatologico del paziente e agli esiti degli eventuali test effettuati. Qui il medico deve essere capace di individuare quali linee guida e prescrizioni seguire per la determinata valutazione da effettuare (e quali adoperare per l'esecuzione dei test, etc.), ma una volta che

---

<sup>39</sup> V. *supra*, par. 2.1.

<sup>40</sup> V. *infra*, par. 3.1.

<sup>41</sup> V. *supra*, par. 2

<sup>42</sup> V. *supra*, par. 2.

abbia scelto quelle, per l'appunto, «adeguate al caso concreto», ben si può porre il problema di una loro corretta *applicazione*; dopodiché

iii. entra in gioco la fase di scelta della terapia. Laddove, con riferimento alla specifica situazione che il medico si trovi ad affrontare, siano presenti linee guida o buone pratiche finalizzate a orientare la selezione del trattamento, il medico “deve” seguire quei criteri, e, nell'eseguirli, potrebbe ancora una volta cadere in errore (ossia, ad esempio, scegliere uno dei possibili trattamenti prescritti, che però è il meno adatto per il caso concreto, ad esempio perché controindicato in ragione delle co-morbilità del paziente); si arriva così

iv. al momento della somministrazione della cura, con le relative raccomandazioni, a cui la giurisprudenza solitamente limita l'applicazione dell'art. 590-*sexies* Cp.; infine,

v. si ha la fase, spesso “ignorata” da questo punto di vista, del *follow up*, che può venire anch'essa orientata da prescrizioni codificate, ed essere pure determinante ai fini dell'impedimento di esiti avversi per il malato, successivi alla terapia.

Come ben si vede, ciascuno di questi momenti concorre a comporre il trattamento clinico rivolto alla cura del paziente. Ognuno di essi è propedeutico alla somministrazione del presidio o alla verifica del suo esito, di modo tale che lo specifico evento infausto, originato dalla peculiare condizione che affligge quel determinato soggetto, non potrebbe essere impedito senza il corretto svolgimento di ciascuno di essi. Conseguentemente, l'ordinamento prova a garantire una maggiore «qualità media» del servizio sanitario, prescrivendone un esercizio conforme alle evidenze scientifiche, e incentivando la *compliance* attraverso la garanzia d'impunità per coloro che commettono errori pur attenendovisi. È evidente, dunque, che limitare tale pretesa a uno soltanto dei momenti del percorso di cura ne frustrerebbe l'obiettivo.

Che sia questa l'interpretazione (più) corretta lo conferma lo stesso art. 5 della l. n. 24/2017, quando afferma che «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida». Non è un caso, allora, che al successivo art. 6 si riproponga proprio il concetto, più ampio, di «caso concreto», rispetto invece a quello, più stringente, di «evento concreto»: si intende guardare all'intero percorso clinico, e non a una sua parte, prescrivendo all'operatore di attenersi

a quanto previsto dalle indicazioni scientifiche consolidate disponibili per ciascun momento dell'attività che è necessario svolgere, in relazione al determinato quadro clinico del paziente che si deve trattare.

Del resto, è proprio all'intero percorso clinico che guardano molte delle linee guida reperibili sul Sistema Nazionale Linee Guida<sup>43</sup>. Anche perché sarebbe implausibile sostenere che la "scienza" entri in gioco soltanto una volta che si sia risolto il problema valutativo e di scelta del trattamento.

Non sembrano, perciò, residuare dubbi ragionevoli<sup>44</sup> sull'inclusione «in astratto»<sup>45</sup> della diagnostica nell'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* Cp.

3. La diagnosi *mancata* – sia perché omessa, oppure errata o ancora tardiva – è una condotta particolarmente impattante: il fallimento nella tempestiva identificazione della patologia, infatti, ha un'incidenza determinante sull'esito del percorso terapeutico. A ben vedere, in molti casi tale percorso neppure può cominciare, perché viene pregiudicato sul nascere proprio dall'inadeguato assolvimento della mansione valutativa da parte del clinico che ne è incaricato.

Ciò emerge bene riprendendo la schematizzazione «lineare» del percorso di cura che si è già proposta<sup>46</sup>: se non si individua la patologia, infatti, concettualmente tale percorso neppure inizia, e tutt'al più il malato potrà veder trattati i suoi sintomi; invece, quando la patologia è stata ben individuata, ecco che si può procedere agli (eventuali) ulteriori accertamenti propedeutici alla scelta della terapia, e (in ogni caso) alla sua successiva applicazione.

Alla luce della sua evidente importanza funzionale, non sorprende che il tema abbia assunto anche un sensibile rilievo nella prassi applicativa. In effetti, la giurisprudenza è stata investita molte volte del compito di giudicare la posizione del medico che ha

---

<sup>43</sup> Si pensi per esempio alle linee guida «Diagnosi e trattamento del melanoma uveale» (pubblicata il 9.5.2024) oppure a «Sarcomi dei tessuti molli e GIST» (pubblicata il 27.5.2022, ultimo aggiornamento il 7.5.2024), disponibili in *iss.it*. Invece, con riferimento alle raccomandazioni contenute in documenti esterni al SNLG, v. *ex multis* SIMIT-Min. Salute, *Linee Guida Italiane sull'utilizzo della Terapia Antiretrovirale e la gestione diagnostico-clinic alle persone con infezione da HIV-1*, in *salute.gov* 2017, che contengono anche indicazioni sulla scelta del regime terapeutico adeguato in relazione a eventuali comorbidità del paziente; ancora, EAU - EANM - ESTRO - ESUR - ISUP - SIOG, *Guidelines on Prostate Cancer*, in *uroweb.org* 2024, che comprende pure raccomandazioni sul *follow up*.

<sup>44</sup> Sull'impiego della *BARD rule* nella *quaestio iuris* sia consentito il rimando a N. Amore, *L'interpretazione praticabile*, cit., 25 ss. e ai riferimenti ivi indicati.

<sup>45</sup> Se non vi sono linee guida per quel caso concreto, chiaramente si ricadrà al di fuori della «causa di non punibilità»

<sup>46</sup> V. *supra*, par. 2.1.

mancato la diagnosi, rispetto agli esiti infausti subiti dal paziente che aveva l'obbligo di curare. Lo ha fatto, peraltro, dovendosi districare all'interno di un quadro sanitario sempre più articolato e plurisoggettivo, che prevede ormai fisiologicamente la scomposizione in molteplici segmenti dell'attività di cura, ognuno dei quali gestito da più specialisti, spesso con competenze eterogenee<sup>47</sup>. Un dato, questo, che contribuisce a conferire alla questione pure una peculiare rilevanza dogmatica, ponendola al crocevia dei problemi di ricostruzione del nesso causale e delle interrelazioni penalmente rilevanti tra condotte concorsuali colpose atipiche, nel caso particolarmente critico in cui siano a carattere omissivo e, finanche, puramente ipotetico.

In linea generale – e salvo le inevitabili particolarità che possono caratterizzare la determinata ipotesi specifica – la responsabilità del medico che effettua la diagnosi può essere contestualizzata sulla base di tre macro-fattispecie<sup>48</sup>:

- i. la situazione in cui il medico che effettua la diagnosi è anche il medico curante (MC), cioè colui che è in grado di effettuare la scelta del trattamento, e di somministrarlo<sup>49</sup>;
- ii. l'ipotesi in cui il medico che effettua la diagnosi è un consulente (CM), pertanto il paziente gli viene affidato, post anamnesi, da un medico curante (MC) specificamente per l'individuazione della patologia, dopodiché il primo dovrà riaffidare il malato al secondo, sia per la scelta – eventualmente assieme

---

<sup>47</sup> Come si è già avuto modo di osservare in N. Amore, *La responsabilità penale del medico*, in *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, Napoli 2017, 642, «l'approfondimento e ampliamento delle conoscenze [...] ha prodotto anche una trasformazione nelle modalità di somministrazione della prestazione sanitaria. L'evoluzione della scienza medica, infatti, ha messo a disposizione del terapeuta una mole di conoscenze tale da non poter più essere governata individualmente. Per strutturarle al meglio, perciò, si è resa necessaria una progressiva frantumazione e settorializzazione della preparazione specialistico-professionale. Ciò ha contribuito a un radicale mutamento culturale e fisionomico dell'attività sanitaria, la quale è passata da un'impostazione imperniata sulle classiche note della professione liberale, svolta dal singolo medico in stretta relazione con il paziente, a una assimilabile invece alle architetture di una vera e propria impresa collettiva, "moderna e complessissima", all'interno della quale cooperano una pluralità di figure diverse, che necessitano di essere opportunamente coordinate per soddisfare adeguatamente la propria missione».

<sup>48</sup> Come anticipato, la schematizzazione deriva da un lavoro di sintesi effettuato sulla variegata casistica, anche giurisprudenziale, in materia di responsabilità medica, con particolare riferimento a quella derivante da mancata diagnosi. Le numerose pronunce che si sono analizzate verranno in buona parte analiticamente richiamate *infra*, par. 3 ss.

<sup>49</sup> Si pensi al caso di un chirurgo che ometta di compiere gli accertamenti opportuni per confermare la presenza di una endometriosi a carico del paziente, e decida di sottoporlo comunque a un'isterectomia che si rivelerà poi superflua (v. Cass. 6.4.2021 n. 12968, in *italgiure.giustizia.it*). Inoltre, in questa fattispecie rientrano pure tutte le ipotesi di patologie diagnosticabili e trattabili dal medico di medicina generale, che tuttavia non siano da questo correttamente individuate e, dunque, curate (v. *infra*, par. 3.1.).



ad altri specialisti – della terapia da effettuare, nonché – eventualmente assieme ad altri specialisti – per la sua effettiva somministrazione<sup>50</sup>; infine,

iii. il caso in cui il medico che effettua l'anamnesi e la diagnosi non è competente sulla cura, pertanto, dopo la (e sulla base della) diagnosi, avrebbe dovuto affidarlo agli specialisti adeguati per la scelta e l'effettuazione del presidio più adeguato<sup>51</sup>.

Come si vede – e recuperando la terminologia appena introdotta – si tratta di casi a «ipoteticità» crescente, dove cioè aumenta il numero di persone e di contegni che, congetturalmente, avrebbero potuto contribuire a impedire l'evento laddove compiuti, ma che non sono stati posti in essere a causa della preliminare *manca*za di una corretta diagnosi.

Si configurano, insomma, delle vere e proprie ipotesi di «contributo concorsuale ipotetico».

Con tale ultimo concetto s'intende far riferimento a quelle particolari forme di cooperazione omissiva che si possono apprezzare soltanto in via puramente teorica, essendo venuto meno il presupposto per la stessa attivazione della posizione dei co-obbligati necessari per il completamento della catena impeditiva (ossia la c.d. «presa in carico»).

Per chiarire meglio il concetto, si pensi alla situazione che si viene a creare, ad esempio, quando il medico di medicina generale che ha in cura il determinato paziente, a seguito della sua anamnesi, lo orienta verso un radiologo per la diagnosi; il radiologo, effettuati gli accertamenti strumentali, fallisce però nel riconoscimento della patologia. Poniamo adesso che quella patologia, laddove fosse stata individuata, avrebbe poi richiesto il supporto di un diverso specialista per la scelta del trattamento da intraprendere; ipotizziamo inoltre, per continuare con l'esempio, che il più efficace di tali trattamenti, preveda l'effettuazione di un intervento in laparoscopia da parte di un'équipe chirurgica (primo chirurgo, aiuto chirurgo, anestesista, ferrista, etc.). È una

---

<sup>50</sup> La fattispecie accoglie molta delle attività dei radiologi, classicamente interpellati in qualità di consulenti dallo specialista, per effettuare le diagnosi per immagini ritenute necessarie o comunque opportune (v. *infra*, par. 3.1).

<sup>51</sup> Si pensi a uno pneumologo che diagnostichi erroneamente una tracheite, non rilevando invece la malformazione cardiaca di cui soffre il paziente (v. Cass. 22.3.2013 n. 13542, in *italgiure.giustizia.it*), oppure ancora a un cardiologo che tratta un malato pensandolo cardiopatico, quando in realtà soffre di una patologia gastrointestinale. Rientrano in questa categoria, inoltre, anche le relazioni terapeutiche correttamente instaurate dallo specialista per risolvere una determinata patologia effettivamente sussistente, senza però identificarne un'altra in fase di sviluppo (è il caso, ad esempio, di un neurologo-psicoterapeuta che aveva in cura una persona per problemi psicologici, e durante le sue sedute ha ommesso di rilevare la presenza di una malattia neoplastica che in seguito ne provocherà la morte, cfr. Cass. 18.1.2016 n. 1846, in *italgiure.giustizia.it*, su cui v. *infra*, par. 3.1).

fattispecie che rientra a pieno titolo tra quelle sintetizzate *supra* al n. 2<sup>52</sup>, e che ci pone dinnanzi a una «catena» di contributi piuttosto ampia, prevedendosi per l'effettivo impedimento dell'evento il concorso *necessario* (simultaneo e diacronico) di più professionisti e, per giunta, l'esito fausto di ciascun atto sanitario da essi compiuto; il tutto, come noto, in un ambito caratterizzato da leggi quasi esclusivamente probabilistiche.

In questo complesso quadro, il fallimento della diagnosi previene di fatto la presa in carico del paziente da parte dello specialista, la scelta del trattamento, e la conseguente sua somministrazione a opera del *surgical team*. Pertanto, almeno in via di primo acchito, ci si trova persino nell'impossibilità di indicare «quale specialista» e «quali chirurghi» avrebbero potuto intervenire nello specifico caso, rendendo così (se non impossibile) davvero complicata la concretizzazione del giudizio impeditivo e, ancor di più, la determinazione dei nessi tra le ipotetiche condotte che avrebbero potuto, ancora una volta ipoteticamente, concorrere a impedire l'evento.

Ecco perché, in simili situazioni, si può parlare di contegni ipotetici: ad essere congetturata non è soltanto la condotta impeditiva non effettuata, ma persino lo stesso presupposto per l'insorgere di un obbligo, penalmente significativo, di compiere detta condotta, e la sussistenza attuale di soggetti obbligati, di «garanti». In effetti, a causa della mancata diagnosi «a monte», il paziente non ha potuto neppure essere preso in carico dai professionisti «a valle» che sarebbero stati responsabili della scelta della cura e della sua concreta effettuazione.

Il problema, dunque, appare al quanto spinoso.

3.1. Per la giurisprudenza di legittimità, il medico che *manca* la diagnosi può essere giudicato in ogni caso responsabile a titolo monosoggettivo per l'evento infausto patito dal paziente. Il ragionamento si basa su una serie di passaggi argomentativi che possono essere riassunti in cinque punti:

- i. il medico che esegue la diagnosi è sempre titolare di un obbligo di garanzia nei confronti del malato;
- ii. tale obbligo si estende sino a ricomprendere l'impedimento dell'evento infausto;
- iii. la diagnosi rappresenta una condotta omissiva;

---

<sup>52</sup> V. *supra*, par. 3.

- iv. rispetto a essa è necessario accertare la sua effettiva causalità logico-concreta;
- v. la verifica dell'efficacia interruttiva della condotta omessa rispetto all'evento *hic et nunc* consente l'applicazione della pena per il reato commissivo integrato mediante omissione.

Procedendo con ordine, secondo questa impostazione ogni medico sarebbe titolare di un «obbligo giuridico» (art. 40, co. 2, Cp.) particolarmente intenso nei confronti del paziente: egli, infatti, sin dal momento dell'instaurazione della relazione terapeutica<sup>53</sup> assumerebbe il compito istituzionale di proteggere<sup>54</sup> il diritto fondamentale alla salute del malato, nei confronti di tutti i possibili eventi avversi che potrebbero derivare dalla patologia da cui egli è affetto.

Tale ricostruzione si fonda sia sull'elevato rilievo del bene protetto e dalla pregnanza dei corrispettivi obblighi connessi alla sua salvaguardia<sup>55</sup>, sia sulla peculiare metodologia di ricostruzione della posizione di garanzia cui indulge la giurisprudenza di legittimità. Come noto, infatti, seguendo quanto ben esplicitato anche nella pronuncia «Montefibre»<sup>56</sup>, la Cassazione ritiene sussistere una «posizione di garanzia a condizione che: a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; b) una fonte giuridica - anche negoziale - esprima la predetta finalità di tutela; c) tale obbligo di protezione gravi su una o più persone specificamente individuate; d) queste ultime siano dotate di poteri atti a impedire la lesione del bene garantito, ovvero siano a esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari a evitare che l'evento dannoso sia cagionato. In tale ambito ricostruttivo, la Suprema Corte ha anche precisato che un soggetto può dirsi titolare di una posizione di garanzia se ha la possibilità, con la propria condotta, di influenzare il decorso degli eventi, indirizzandoli verso uno sviluppo idoneo a impedire la lesione del bene giuridico garantito»<sup>57</sup>.

Facendo leva sulla predetta concezione “estensiva” del potere impeditivo – comprendente pure i «mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che

---

<sup>53</sup> Cfr. Cass. 4.3.2009 n. 10819, in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>54</sup> Cass. 29.1.2013 n. 7967, in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>55</sup> Sul fondamento giuridico dell'attività medica v. R.E. Omodei, *Trattamento medico arbitrario e responsabilità penale*, Torino 2023, 91 ss.; volendo si veda inoltre N. Amore, *La responsabilità*, cit., 642 ss.

<sup>56</sup> Cass. 4.11.2010 n. 38991, in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>57</sup> La sintesi della pronuncia racchiusa nel virgolettato è trattata da M. Caputo, *La responsabilità penale del medico di pronto soccorso*, in *La responsabilità penale in ambito sanitario*, a cura di P. Piccialli, Milano 2020, 311.

l'evento dannoso sia cagionato»<sup>58</sup> – per la giurisprudenza l'obbligo di “protezione” che il clinico assume rispetto al paziente sarebbe d'intensità tale, da implicarne pure uno secondario di controllo verso i suoi colleghi: in effetti, tutte le (frequenti) volte in cui ci si trovi ad agire in équipe<sup>59</sup>, il medico dirigente avrebbe l'obbligo di controllare, e in caso di errori ingerirsi, nell'attività svolta dai membri della sua squadra<sup>60</sup>; questi ultimi, a loro volta, avrebbero addirittura il dovere di esternare il loro dissenso in caso di conflitto sulle scelte terapeutiche operate dal «primario»<sup>61</sup>.

Alla luce della rilevanza ed estensione della posizione che il medico riveste, la giurisprudenza suole<sup>62</sup> altresì, più o meno esplicitamente<sup>63</sup>, eguagliarne il contenuto protettivo, a prescindere spesso dalla specializzazione posseduta o dalla posizione funzionale ricoperta nel determinato percorso di cura<sup>64</sup>, così facendo riesce a

---

<sup>58</sup> Seguendo Cass. 4.11.2010 n. 38991, cit., «i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica» (in senso conforma, più di recente, Cass. 5.2.2021 n. 4633, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 24.1.2021 n. 2703, in *italgiure.giustizia.it*). Come noto, almeno secondo la dottrina tradizionale simili poteri dovrebbero invece essere esclusi dall'ambito dell'art. 40 co. 2 Cp., trattandosi di meri obblighi di sorveglianza (v. per es. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2020, 174 s.; sul punto si ritornerà meglio *infra*, par. 3.3).

<sup>59</sup> Come ricorda L. Cornacchia, *Colpa d'équipe*, in *ED* 2020, 43, in tale tipologia di attività rientrano non soltanto le azioni compiute sincronicamente dai membri del gruppo, ma anche quelle svolte diacronicamente: «questa seconda ipotesi comprende anche condotte molto distanziate nel tempo o nello spazio (attività d'équipe in senso lato)» (in proposito v. per es. L. Risicato, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco l'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013; v. inoltre A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli 2016).

<sup>60</sup> Come noto, egli è il responsabile del «campo operatorio» (Cass. 11.1.2022 n. 392, in *italgiure.giustizia.it*), e nei suoi confronti «il principio di affidamento non trova applicazione» (Cass. 5.5.2015 n. 33329, in *italgiure.giustizia.it*; sul tema si rinvia inoltre a Cass. 11.1.2022 n. 392, in *italgiure.giustizia.it*).

<sup>61</sup> V. Cass. 17.11.1999, in *CP* 2001, 154 ss.; più di recente si veda Cass. 29.9.2015 n. 43828, in *italgiure.giustizia.it*; v. inoltre Cass. 12.6.2019 n. 39727, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 17.4.2023 n. 16094, in *italgiure.giustizia.it*.

<sup>62</sup> L'orientamento è prevalente, ma almeno nella giurisprudenza di legittimità non sempre unanime, come si avrà modo di vedere *infra*, par. 3.2.

<sup>63</sup> Dal punto di vista generale e astratto, infatti, risulta da tempo ben consolidato in giurisprudenza il principio per cui l'obbligo di garanzia vada ritagliato sulla base della specifica conformazione dei poteri impeditivi di cui è concretamente dotato il garante (v. per es. Cass. 21.3.1998 n. 8217, in *italgiure.giustizia.it*; v. inoltre *infra*, par. 3.2). Nondimeno, nei singoli casi che si trova ad affrontare, gli esiti applicativi risultano ben diversi (v. *infra*, par. 3.1).

<sup>64</sup> Del resto «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 ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio» (cfr. Cass. 12.10.2020 n. 28316, in *italgiure.giustizia.it*).

legittimare l'addebito monosoggettivo di qualsivoglia esito infausto occorso al malato con cui il professionista sia anche solo venuto a contatto<sup>65</sup>.

Non sorprendentemente, dunque, anche il medico diagnosta, sia pure quando interpellato in qualità di mero consulente, viene reputato titolare di poteri propriamente impeditivi nei confronti dell'evento *hic et nunc*<sup>66</sup>. Si pensi, per esempio, al radiologo che venga chiamato a effettuare una consulenza diagnostica ed erri nella lettura e nella refertazione delle immagini del cranio e dell'encefalo ottenute con l'ausilio della Tomografia Assiale Computerizzata: se il paziente muore a causa della patologia che non ha saputo individuare, egli potrà essere condannato per omicidio colposo, pur non essendo dotato delle capacità d'intervento su quella stessa malattia (nel caso di specie, sarebbe probabilmente stata necessario una procedura neurochirurgica)<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> E così, il capo-équipe è responsabile per il decorso post-operatorio del paziente (v. di recente Cass. 24.11.2020 n. 32871, in *italgiure.giustizia.it*); il clinico non specialista viene considerato titolare di una «posizione di garanzia» equivalente a quella dello specialista qualora ne assuma le funzioni (v. ad esempio Cass. 16.3.2021 n. 10152, in *italgiure.giustizia.it*, «in ogni caso, pur essendo un semplice laureato in medicina e chirurgia, abilitato all'esercizio della professione medica, egli era titolare di una posizione di garanzia e tenuto all'obbligo di osservanza delle *leges artis* in materia riguardanti la responsabilità dell'anestesista in ordine al controllo preoperatorio dell'apparecchio di anestesia e delle sue componenti nonché in ordine alla continua e scrupolosa osservanza clinica del paziente, attraverso un monitoraggio costante delle sue funzioni vitali, indispensabili durante l'anestesia, al fine di evitare il rischio di "possibili incidenti tecnici"»); addirittura talora è bastato il "mero fatto" di seguire professionalmente un paziente, per rispondere di patologie del tutto scorrelate rispetto alla causa della relazione terapeutica specialistica instaurata (si veda Cass. 18.1.2016 n. 1846, cit., con nota di L. Cozzolino, *La posizione di garanzia del medico e l'imputazione dell'evento estraneo alla sua sfera di competenza professionale, tra particolarismi ed esigenze sistematiche*, in DPC 13.10.2017, relativa al caso di un neurologo-psicoterapeuta che aveva in cura una persona per problemi di natura ansioso-depressiva, in seguito morta a causa di una neoplasia mammaria; condannato in primo grado, egli veniva assolto in Corte d'Appello – si badi che in entrambe le pronunce ci si è focalizzati sul tema della colpa, dando in buona sostanza per implicita la presenza della posizione di garanzia – con esito confermato dalla Corte di Cassazione; tuttavia, nel percorso argomentativo assolutorio, gli Ermellini hanno ritenuto di «stigmatizzare» la «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»).

<sup>66</sup> Il medico consulente «ha gli stessi doveri professionali del medico che ha in carico il paziente presso un determinato reparto, non potendo esimersi da responsabilità adducendo di essere stato chiamato solo per valutare una specifica situazione» (Cass. 31.5.2010 n. 3365, in *italgiure.giustizia.it*; sulla stessa linea v. Cass. 11.4.2012 n. 13547, in *italgiure.giustizia.it*, che richiama come fonte dell'obbligo di garanzia del medico consulente il c.d. «contatto sociale», approfondito di recente da F. Venosta, «Contatto sociale» e affidamento, Milano 2021; ancora, v. Cass. 22.3.2022 n. 9701, cit., sul fatto già riportato *supra*, par. 1).

<sup>67</sup> Il caso è tratto da Cass. 6.2.2023 n. 4903, in *italgiure.giustizia.it*, annotato da L. Risicato, *Condotta professionale medica valutata dal giudice secondo linee guida errate: non è colpa lieve*, in QG 13.2.2023; in senso analogo, v. anche Cass. 30.6.2021 n. 24895, in *italgiure.giustizia.it*, secondo cui anche lo specialista interpellato per valutare una situazione specifica rimane garante rispetto a patologie estranee al motivo per cui è stato interpellato e al

Così stando le cose – e passando ad affrontare il passaggio argomentativo n. 3 – la diagnosi mancata può essere considerata alla stregua di un omesso esercizio del potere d'impedire l'evento. Invero, riprendendo la distinzione tra azione e omissione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza<sup>68</sup>, la condotta è «attiva» quando essa introduce nella realtà uno o più fattori di rischio che innescano o “accelerano” il decorso causale<sup>69</sup>, mentre è «omissiva» quando, in presenza di una posizione di garanzia<sup>70</sup>, non s'inserisce un fattore ostacolante allo sviluppo di un decorso già

---

suo campo di specializzazione.

<sup>68</sup> Ma in simili ipotesi il risultato applicativo rimane sovente immutato pure adottato la concezione c.d. «normativa» di omissione, adoperata da un'altra parte della giurisprudenza, in base alla quale la natura della condotta si determinerebbe sulla base della natura della tipologia di regola cautelare violata: così, se vi è un comando, la condotta sarebbe omissiva; se, invece, vi fosse un divieto, la condotta sarebbe attiva (v. per es. Cass. 22.7.2011 n. 29476, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 20.2.2008 n. 7730, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 9.5.2006 n. 32273, in *italgiure.giustizia.it*; Cass. 15.11.2005 n. 3380, in *italgiure.giustizia.it*; a riguardo, in dottrina, si veda per esempio F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993, 90 s. Sembra condividere l'irrilevanza pratica della distinzione in questi casi (almeno con riferimento al tema, centrale pure per il presente scritto, dell'accertamento causale) anche M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio»*. *Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 56 s., estendendola invero alla distinzione tra condotta omissiva e attiva: «si pensi ancora a un trattamento inadeguato da parte del sanitario che abbia assunto in terapia il paziente, affetto da sintomatologia tipica dell'infezione da tetano [...] e lo abbia rimandato a casa con semplice prescrizione di un tranquillante; si assuma che consti, a posteriori, che la prescrizione di una terapia con siero antitetanico [...] avrebbe avuto discrete, ma non altissime, probabilità di evitare l'evento. Si può correttamente assumere che sia questo un tipico caso di *culpa in agendo*, perché [...] Questi medici non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto: il divieto di cagionare [...] lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza, e quindi per effetto di un comportamento negligente o imperito nell'esercizio dell'attività professionale». Il percorso argomentativo non è qui condivisibile: l'autorevole autore, infatti, adopera un referente piuttosto generico, quando invece qui quel che si richiede al clinico è di *fare attività*, funzionali a *scongiurare* un male scaturente da una patologia clinica che il medico, del resto, ha il compito istituzionale di contrastare. Questa conclusione, peraltro, ha il pregio di meglio armonizzarsi con il contenuto positivamente prescrittivo delle linee guida in materia (che richiedono al diagnosta di *fare attività* propedeutiche a una corretta individuazione della patologia, e funzionali a una sua efficace cura, e dunque, così facendo, d'impedire il suo aggravamento, in ciò consistendo il *proprium* dell'attività medica).

<sup>69</sup> Ad avviso di chi scrive, la nozione di «accelerazione» è impropria, poiché il referente del giudizio di causalità (penale) non è l'evento in astratto (per esempio, «la morte»), bensì in concreto, c.d. «*hic et nunc*», che ricorre in quello specifico modo e in quello specifico momento, e che non può perciò tecnicamente essere «accelerato» (v. *ex multis* Cass. 5.4.2007 n. 14130, in *italgiure.giustizia.it*) o «ritardato» (v. di recente Cass. 26.1.2021 n. 5800, in *italgiure.giustizia.it*), ma soltanto «provocato».

<sup>70</sup> Come osserva M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., 56 s., «non porre in essere (o rendere inoperante) una condizione negativa dell'evento, non equivale automaticamente a “omettere” in senso penalistico, perché ciò può dar luogo a omissione solo in presenza di un obbligo giuridico, mentre il comportamento riguardante le condizioni negative (o “impeditive”) può comunque innescare anche una responsabilità in agendo, attiva: ciò accade tutte le volte che si neutralizza la condizione negativa, interrompendo “attivamente” un decorso causale di salvataggio già operativo. Esempio. Il killer che dolosamente stacca il respiratore automatico interrompe un decorso causale salvifico, neutralizza una condizione impeditiva, e quindi dà corso al mancato verificarsi (all'assenza) di una condizione negativa, perché l'assenza del respiratore determinerà l'e-vento. Ma è a ognuno evidente che egli ha agito con condotta attiva, senza “omettere” alcunché (ma anche senza “innescare” un

esistente, e in grado di dar vita all'evento<sup>71</sup>. Pertanto, sia che si sbagli, si ritardi, o si preterisca del tutto l'identificazione della patologia, ciò rileverà indifferentemente quale mancata interruzione di un decorso lesivo già in atto.

Dalla natura «omissiva» della mancata diagnosi discende che, ai fini dell'accertamento della sua tipicità, e più specificamente della sua causalità, sia necessario determinare la probabilità logica<sup>72</sup> di impedimento dell'evento *hic et nunc*, con l'azione doverosa tralasciata. Almeno in linea di principio, infatti, la giurisprudenza ritiene che vadano ricostruiti in modo analogo tanto la causalità dell'azione che dell'omissione; in primo luogo, dunque, si dovrà individuare una legge scientifica in grado di dimostrare la capacità impeditiva della classe di antecedenti a cui appartiene la condotta, rispetto alla tipologia di decorso che ha effettivamente avuto luogo; dopodiché si dovrà verificare la validità di tale spiegazione alla luce di tutte le particolarità del caso concreto, escludendo possibili decorsi causali alternativi e arrivando così a confermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta imposta avrebbe effettivamente evitato lo sviluppo del decorso<sup>73</sup>.

---

processo di intera zione di forze o energie derivanti dal suo fare, essendo l'autonomo decorso patologico della vittima a produrre "da sé" l'evento [...]». Ciò ha indotto alcuni studiosi (v. per es. K. Summer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 146) a preferire quale criterio discrezionale quello, sempre di matrice naturalistica, basato sulla effettiva spendita o meno di energia fisica, in forma di attività muscolare (un criterio, questo, che a dire il vero presenta ambiguità ben maggiori, com'è dimostrato già dal fatto che anche l'omissione è stata in passato ricostruita a partire dalla spendita di energia, ad esempio nella nota teoria dell'*aliud agere* o *aliud facere*, v. H. Luden, *Abhandlungendes Verbrechens*, Göttingen 1840; in Italia A. Bonucci, *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia 1911, 77 s.; G. Delitalia, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 99 ss.; F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, II, Padova 1945; E. Massari, *Il momento esecutivo del reato: contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa 1923, rist. Napoli 1934, 16 ss.; v. inoltre anche la posizione di M. Spasari, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano 1957 (in proposito v. anche *infra*, par. 4.2); per una più recente ricostruzione della condotta omissiva in chiave naturalistica, v. S. Preziosi, *La causalità penale all'orizzonte della «scienza nuova»*, Napoli 2021).

<sup>71</sup> Cass. 28.1.2009 n. 4107, in *italgiure.giustizia.it*; in dottrina Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, 61 ss.; C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML* 1992, 825; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 236; C. Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 415; F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. Mer.* 2006, 962.

<sup>72</sup> Cfr. Cass., S.U., 11.9.2002 n. 30328, in *italgiure.giustizia.it*, annotata ad esempio da O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *FI* 2002, 608 ss.; F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *RIDPP* 2002, 791 ss.

<sup>73</sup> V. per es. Cass. 22.12.2009 n. 10452, in *italgiure.giustizia.it*: «nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto

Conseguentemente, per affermare la responsabilità penale del medico diagnosta in relazione alla difettosa valutazione clinica che ha effettuato, sarà sempre necessario verificare, con «giudizio controfattuale», la «alta probabilità logica che la diagnosi tempestiva avrebbe consentito il ricorso a terapie idonee a determinare», se non una risoluzione della patologia, almeno «un significativo prolungamento della vita residua del paziente»<sup>74</sup>.

Tirando le fila del percorso che si è appena sintetizzato, dunque, secondo la giurisprudenza prevalente il medico che manchi la diagnosi potrà essere considerato responsabile delle lesioni o della morte derivata dalla patologia non individuata, in quanto in ogni caso titolare di una compiuta «posizione di protezione» nei confronti della salute del paziente. Ai fini dell'accertamento del reato commissivo che ha integrato in forma omissiva (art. 40, co. 2, Cp.), si dovrà accertare la causalità logica della diagnosi ritardata, errata o del tutto non eseguita, rispetto all'evento *hic et nunc* che si è verificato. In altre parole, la diagnosi mancata potrà rilevare come causa dell'evento, nella misura in cui si provi che, se fosse stata compiuta, l'evento proibito non si sarebbe presentato, o almeno non con quelle caratteristiche.

Rintracciare una simile legge scientifica, però, non è affatto scontato.

3.2. Senza perdersi in divagazioni, è evidente come nessuna diagnosi potrà mai «impedire» alcun evento infausto. Invero, la patologia può essere scongiurata solo dall'attuazione della cura, non già dal suo mero accertamento: comunicare al paziente «hai questa malattia», insomma, di certo non sarà sufficiente a guarirlo.

Quando la Cassazione dichiara che la negligenza del diagnosta ha «causato» la morte o la lesione del paziente, allora, intende dire che, se egli avesse correttamente svolto la sua attività valutativa, avrebbero avuto modo di espletarsi ulteriori e differenti condotte, esse sì impeditive: in specie, si sarebbe poi potuto somministrare il presidio terapeutico dimostratosi clinicamente efficace in casi assimilabili a quello giudicato.

---

luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva». Lo schema della causalità logica proposto dalla Corte di Cassazione è ripreso da R. CarnAP *Der logische Aufbau der Welt*, Berlin 1928, trad. it. *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano 1971; in merito alla causalità scientifica v. i pionieristici lavori di F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano 1975; Id, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per «aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 46 ss.; I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia e la morte del paziente*, in *FI* 1992.

<sup>74</sup> Cfr. Cass. 26.1.2021 n. 5800, cit.; v. inoltre, per rimanere alle pronunce più recenti, tra le tante, Cass. 7.9.2022 n. 32870, in *italgiure.giustizia.it*.



Ecco perché, a meglio guardare, spesso nelle sentenze si nomina come oggetto della portata impeditiva della condotta doverosa incompiuta, non tanto l'evento tipico (in conformità a quanto richiesto dall'art. 40 co. 2 Cp.), bensì la somministrazione delle terapie corrette (ossia *un'altra condotta omessa*)<sup>75</sup>.

Nel tentativo di "coprire" tale evidente aporia, si è già osservato come la giurisprudenza abbia fatto ricorso a un'omogeneizzazione (del contenuto) e ampliamento (del perimetro) della posizione di garanzia<sup>76</sup>, ricomprendendovi non soltanto i soggetti dotati di attribuzioni compiutamente impeditive rispetto alla specifica patologia<sup>77</sup>, ma anche coloro i quali posseggano almeno «mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato»<sup>78</sup>. In tale prospettiva, dunque, l'attività valutativa del diagnosta, e in particolare la sua diagnosi finale, diventerebbe un "mezzo idoneo" a sollecitare il trattamento terapeutico, rendendo così possibile l'imputazione dell'evento infausto a titolo monosoggettivo anche quando, per scongiurarlo, sarebbe stato necessario l'intervento di altri professionisti.

In buona sostanza, grazie a questo *escamotage*<sup>79</sup>, il giudice può trattare alla stessa maniera – ossia come omissioni rilevanti *ex art. 40, co. 2 Cp.* – le situazioni in cui è il

---

<sup>75</sup> Difatti quando la prova della possibilità di somministrare un trattamento efficace non è raggiunta, il medico che manca la diagnosi viene assolto: v. per esempio Cass. 15.12.2021 n. 9705, in *italgiure.giustizia.it*, dove si annulla con rinvio la sentenza di condanna emessa dalla Corte d'Appello, poiché dalla sua motivazione «emerge che anche se la diagnosi fosse stata tempestiva la probabilità di sopravvivenza a cinque anni non avrebbe superato il 25%: da ciò si evince come nel 75% delle probabilità, anche se la diagnosi e la terapia fossero state tempestive, la persona offesa sarebbe morta lo stesso. Non è dunque possibile formulare in termini di alta probabilità logica o credibilità razionale il giudizio controfattuale [...] Non è infatti possibile stabilire se la persona offesa sarebbe sopravvissuta per un maggior periodo di tempo in caso di diagnosi più tempestiva, poiché nel caso ci si trovava in presenza di una forma tumorale particolarmente aggressiva (sarcoma a cellule chiare), oltre che rara, di dimensioni superiori ai 5 cm già nel (OMISSIS), posta in sede profonda, ad elevato indice cinetico (40%), con aree di necrosi all'imaging e con scarsa o nulla risposta alla chemioterapia: tutti fattori questi che la classificano come una forma estremamente aggressiva fin dall'esordio». Il referente del trattamento terapeutico ricorre anche negli *obiter dictum*, v. per es. Cass., S.U., 18.9.2014 n. 38343, in *italgiure.giustizia.it* (su questa pronuncia inoltre v. *infra*).

<sup>76</sup> V. *supra*, par. 3.1.

<sup>77</sup> Come sarebbe, ad esempio, il cardio-chirurgo rispetto a un'aterosclerosi coronarica che richieda l'installazione di un *bypass* aortocoronarico, oppure l'urologo rispetto a una ipertrofia prostatica benigna che richieda una sua resezione transuretrale.

<sup>78</sup> Cfr. Cass. 4.11.2010 n. 38991, cit. A tale riguardo, in dottrina si è coniata la categoria dei «poteri impeditivi mediati», ricomprendendovi tutte quelle attribuzioni in grado di influire su una o più fasi della realizzazione dell'illecito, e che per tale ragione possono giustificare la condanna del loro titolare ai sensi dell'art. 40, co. 2, Cp., qualora si dimostri che il loro esercizio avrebbe ragionevolmente evitato l'evento *hic et nunc* (v. per es. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.* 2012, 334).

<sup>79</sup> Si fa indebitamente leva, infatti, sull'evidente vocazione espansiva della posizione di garanzia (a riguardo v. A.

medico curante a mancare la diagnosi (ipotesi n. 1), e quelle in cui a ometterla è invece il medico consulente (ipotesi n. 2) o comunque un medico diverso da quello curante (ipotesi n. 3)<sup>80</sup>.

La soluzione risponde a una evidente esigenza politico-criminale: considerata l'assenza di fattispecie capaci di sanzionare le "negligenze" sanitarie più qualificate<sup>81</sup>, infatti, se si lasciassero impunte tutte le mancanze compiute a valle della effettiva somministrazione della cura si creerebbe un grave – e per certi versi irragionevole<sup>82</sup> – vuoto di tutela nei confronti del bene fondamentale della salute. Per risolvere questa problematica, allora, si decide di dare rilevanza causale alle negligenze compiute a «monte» del percorso di cura; così da estendere l'applicazione dei *fahrlässige Erfolgsdelikt* sino alle ipotesi in cui, per evitare l'evento, sarebbe stato necessario pure il fattivo, e fausto, contributo di altri professionisti.

Nondimeno, nel nostro ordinamento non è ammessa alcuna responsabilità da posizione, ma soltanto quella compiutamente «personale» (art. 27, co. 1, Cost.)<sup>83</sup>.

---

Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* 2017 508 ss.; V. Manes – F. Mazzacuva, *Le responsabilità penali nella crisi di impresa*, in *Crisi di impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra – M. Martino, Milano 2022, 399 ss.).

<sup>80</sup> Ossia dei soggetti sforniti di poteri autonomamente e direttamente risolutivi della patologia del paziente (alias, *poteri impeditivi*).

<sup>81</sup> Come noto, il Titolo XII non contiene capi dedicati o almeno pensati alla tutela del diritto alla salute, ed è per giunta stato elaborato in un periodo in cui la relazione medico-paziente era profondamente diversa (ossia di tipo paternalistico). La situazione non è cambiata nel corso dei decenni successivi, perciò attualmente ci si deve confrontare con un codice alquanto lacunoso quando si tratta di punire le violazioni di questo diritto (con riferimento all'autodeterminazione terapeutica, sia consentito il rimando a N. Amore, *Dissenso informato*, cit.).

<sup>82</sup> Per esempio perché rilevarebbe una lesione occorsa in fase operatoria a causa di un'imprudenza compiuta dal ferrista, e non invece un errore diagnostico che svia il percorso terapeutico, pregiudicando la somministrazione di una cura salvavita.

<sup>83</sup> A differenza di altri Paesi – come ad esempio il Regno Unito, che conosce ipotesi di c.d. «strict liability» o «liability without fault» (v. per tutti J. Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2018; A. Ashworth – J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford 2022) – in Italia la responsabilità penale può derivare soltanto da un fatto collegato eziologicamente alla propria condotta (v. per tutti P. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953; in giurisprudenza, C. cost., 8.7.1957 n. 107, in *Giur. cost.* 1957, 1008, in proposito v. G. Flora, *La «responsabilità penale personale» nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temi*, 1974, 264 ss.), e frutto di un atteggiamento rimproverabile, antidoveroso (c.d. «principio di colpevolezza», v. anzitutto M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano 1966, 71 ss.; successivamente, le note C. cost., 30.3.1988 n. 364, in *RIDPP* 1988, con nota di D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, 686 ss.; C. cost., 13.12.1988 n. 1085, in *RIDPP* 1990, con nota di P. Veneziani, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, 299 ss.). Questo è oggi il significato attribuito al principio di «personalità» della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, co. 1 Cost. (v. per es. C.F. Grosso, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006; sul rapporto tra concorso di persone e principio di colpevolezza v. L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 17 ss.; per una nuova e ulteriormente evolutiva lettura di tale principio v. M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*

Inoltre, nella determinazione dei criteri d'imputazione obiettiva degli eventi illeciti, il codice Rocco ha scelto di affidarsi espressamente a un criterio di matrice causale (art. 40 ss. Cp.), declinato per giunta in termini ormai compiutamente scientifici dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza di legittimità<sup>84</sup>. Quindi, sia che si tratti di azione o di omissione<sup>85</sup>, per l'attribuzione di un evento illecito non si può prescindere, anzitutto, dall'individuazione di una legge causale che spieghi il collegamento tra la categoria di "antecedenti" a cui è ricollegabile il determinato contegno umano, e quella delle "conseguenze" in cui è annoverabile il risultato lesivo; dopodiché, laddove tale legge esplicativa sia di tipo probabilistico, si dovrà procedere alla verifica in concreto della sua capacità esplicativa rispetto allo specifico accadimento che si sta investigando (attraverso la c.d. «esclusione dei decorsi causali alternativi»)<sup>86</sup>.

Così stando le cose, allora, per affermare una responsabilità a titolo monosoggettivo, sarà sempre necessario riscontrare un collegamento eziologico-naturalistico tra la condotta del presunto reo – sia essa di mancato impedimento, oppure (come afferma la giurisprudenza) anche di omesso impiego di strumenti «idonei» a sollecitare interventi altrui – e l'evento illecito che gli si vuole attribuire. *Tertium non datur*.

È proprio su questo aspetto, però, che sorgono i problemi, con la conseguente opportunità di compiere qualche distinguo che la giurisprudenza, invece, non effettua.

Difatti, nell'ipotesi di omessa diagnosi da parte di un medico curante – ossia di un soggetto dotato *anche* delle attribuzioni funzionali a evitare quel decorso infausto – il fatto può certamente essergli direttamente e individualmente rimproverato, perché

---

*fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in RIDPP 2018, 1577 ss.; in merito al contributo garantista che il principio di causalità, inteso in senso scientifico, può dare in questo quadro v. *infra*, par. 4).

<sup>84</sup> V. anche *supra*, par. 3.1.

<sup>85</sup> V. esemplarmente Cass., S.U., 18.9.2014 n. 38343, cit., con scheda di A. Montagna, *Il disastro della Thyssen: un ordinario caso di omicidio colposo*, in DPP 2014, 11, 1283 ss.; con note di R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in GI 2014, 2566 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, in RIDPP 2014, 4, 1938 ss.; C. Santoriello, *Quali responsabilità per l'incendio della Thyssen? Osservazioni a prima lettura sulla sentenza d'appello*, in AP 2, 2013

<sup>86</sup> Come precisato, tra gli altri, da K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., 394 s. «il procedimento di esclusione di cause alternative (*Hypothesenausschlußverfahren* o *Alternativverfahren*) offre un criterio sostenibile di accertamento del nesso causale, ma limitatamente alle ipotesi in cui sia possibile conoscere le possibili condizioni rilevanti dell'evento tra cui selezionare quelle incidenti sull'evento concreto. Con una necessaria precisazione: la selezione delle ipotesi causali alternative non presuppone la conoscenza e considerazione di tutte le condizioni realmente esistenti. Una tale completezza di informazioni non è realizzabile né per il giurista né per lo scienziato. Come poc'anzi rilevato, è la clausola *coeteris paribus* ad esprimere la necessità di assumere tacitamente per date una serie di condizioni non conosciute» (in senso sostanzialmente conforme v. per es. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani, Pisa 2009, 190; in proposito v. inoltre *infra*, par. 4).

qui il giudizio di causalità è riferibile direttamente alla violazione del suo poterdovere di somministrare la terapia-impeditiva. In tal caso, la mancata diagnosi opera come un difetto di rispondenza al *Anlaß*<sup>87</sup>, su cui si può fondatamente incentrare l'addebito colposo. Diversamente, quando la diagnosi costituisce un *input* strumentale all'*attivazione* di professionisti "terzi" necessari per la cura, l'evitamento del decorso pregiudizievole viene a dipendere da una ipotetica sinergia di contributi riferibili a differenti garanti, e dunque deriverebbe, tutt'al più, da un «concorso» di condotte, e persone (art. 110 ss. Cp.). Invero, per continuare invece ad affermare, pure in questa ipotesi, una responsabilità per la fattispecie «monosoggettiva» causalmente orientata, si dovrebbe quantomeno dimostrare l'esistenza di un rapporto strettamente causale tra la valutazione mancata, e le omissioni compiute successivamente da coloro che avrebbero dovuto, e a loro volta concretamente (causalmente) potuto, «impedire l'evento». Tuttavia, non esiste alcuna legge scientifica causale in grado di qualificare il medico che *non* effettua la diagnosi come «l'artefice» dei contributi professionali successivi e, in definitiva, del mancato impedimento "collettivo" dell'evento.

Più in radice, non sembra possibile adoperare l'epistemologia eziologica, tanto più quando declinata in termini scientifici, quale strumento di spiegazione dei nessi tra le condotte<sup>88</sup>. Invero, la registrazione di una qualsivoglia *frequenza* «storica» nella consequenzialità tra determinati comportamenti umani (dal cantante che sollecita il pubblico ad «alzare le mani», al dirigente d'azienda che prescrive al custode di chiudere l'accesso a un magazzino) non ha sino a ora mai permesso di dimostrare anche l'esistenza di un rapporto di *necessità eziologica* tra gli stessi, sia pure in forma di spiegazione probabilistica<sup>89</sup>. Detto in altri termini: pur in presenza di azioni dotate

---

<sup>87</sup> Detto in parole povere: la spiegazione del perché «non è stato fatto», risiede nel non «essersene accorto». Per chi ha la capacità di curare, l'omessa diagnosi rappresenta la ragione esplicativa del mancato riconoscimento della situazione di rischio che avrebbe richiesto la sua attivazione (sul tema v. per tutti F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 86 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 217 ss.).

<sup>88</sup> Sul punto sia consentito il rimando a N. Amore, *L'interpretazione praticabile*, cit., 35 ss.; più di recente v. anche F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, 211, secondo cui «il collegamento tra fatto principale e condotta dei partecipi colposi può essere descritto come *condizionamento storico*, ben distante da quello di *causalità naturalistica* sostenuta da leggi scientifiche di copertura postulato per la connessione tra eventi del mondo fisico». Paradossalmente, in proposito ha talora dichiarato di concordare pure la stessa Corte di Cassazione (v. per es. Cass. 17.7.2015 n. 31244, in *RIML* 773 ss., con nota di M.L. Mattheudakis, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, 779 ss., la quale afferma esplicitamente come «nessuna legge scientifica [possa] spiegare come si sarebbero comportati altri soggetti, chiamati ad interagire nel caso concreto»; su tale pronuncia si ritornerà più analiticamente *infra*, par. 4.2.).

<sup>89</sup> Come ha già da tempo osservato, mirabilmente, T. Padovani, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *RIDPP* 2003, 406, la «causalità psichica è in realtà figlia di una psicologia

indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno [...] D'altra parte, quali sarebbero le leggi scientifiche di copertura destinate a fornire la spiegazione del nesso tra una condotta comunicativa e la psiche, o, peggio ancora, l'evento eventualmente provocato? E la difficoltà non si attenua quando la condotta assuma connotati di natura materiale: che cosa significa l'affermazione secondo cui fornire un'arma all'esecutore «causa» la condotta omicida, o la morte, o il reato di omicidio? In base a quale legge scientifica? Nessuna, evidentemente» (contra v. per es. F. Stella, *Leggi scientifiche*, cit., 102). Sul tema v. anche L. Cornacchia, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari – G. Fornasari, Bologna 2001, 200 ss.; per una puntuale ricostruzione del dibattito in materia si rinvia invece a L. Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, *passim*, ove si rileva tra l'altro che «l'anomalia della causalità psichica è, nella sua veste estrema, l'anomalia stessa della causalità nel concorso di persone, intesa come riflesso inevitabile e “perverso” del metodo della tipizzazione unitaria degli apporti criminosi»; ella tuttavia propone di «integrare il «modello condizionalistico con parametri “di supporto” idonei a vagliare su basi oggettivamente attendibili i meccanismi di interazione personale [...] Proprio per questo è forse più esatto parlare, in proposito, di leggi sociali di copertura a base statistica: il comportamento di A dovrà così essere ritenuto causalmente rilevante nei confronti della condotta di B quando, in base a parametri di probabilità logica e sempre fatto salvo il rigoroso riscontro delle circostanze del caso concreto, potrà ritenersi normalmente in grado di incidere sull'altrui capacità di autodeterminazione, condizionandola. Parlare di leggi sociali di copertura, piuttosto che di “normali” leggi causali, significa sancire il divorzio, nella materia *de qua*, tra causalità (giuridico-penale) e scienza. Eppure si tratta di soluzione probabilmente obbligata e certamente preferibile alle “mutazioni genetiche” della causalità ipotizzate nel campo delle interazioni personali. La causalità psichica non è quantitativamente o qualitativamente diversa dalla causalità materiale: è strutturalmente diversa dalla causalità materiale, e come tale può essere accertata secondo metodi d'indagine più coerenti con la natura dei processi interazionali». Più recentemente, e con posizioni non distanti da quelle appena enunciate, si veda l'approfondito lavoro monografico di R. Flor, *La rilevanza causale delle interazioni psichiche nel diritto penale*, Napoli 2021, 163 ss., secondo cui (sintetizzando molto) si potrebbe sopperire alla mancanza di leggi scientifiche fondando il giudizio causale sulle c.d. massime d'esperienza (su tale concetto v. F. Stein, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig 1893; in Italia, in ambito penale, v. per es. M. Nobili, *Nuove problematiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, in *RIDPP* 1969, 123 ss.). Ora, rispetto a queste autorevoli posizioni, è bene evidenziare che, così facendo (lo riconoscono gli stessi autori) la valutazione si allontana decisamente da quella propriamente «causale», pertanto non si vede perché continuare ad adoperare l'etichetta eziologica; piuttosto, si riabilita la validità di correlazioni pseudo-aneddotiche basate su generalizzazioni di un senso comune ricostruito non si sa bene come, che rischia peraltro di perpetuare euristiche e pregiudizi di cui pure altrove spesso ci si sconcerta, per giunta sulla base delle soggettive preferenze del singolo giudice (ancor di più quando le questioni, ad esempio, dell'istigazione e del rafforzamento dell'altrui proposito intrecciano temi eticamente sensibili, o che generano maggiore allarme sociale). A tale proposito risultano icastiche le circonvoluzioni linguistiche proposte da Cass. 8.10.2021 n. 36524, in *italgiurie.giustizia.it*, ove si afferma che «Ai fini del decidere, il giudice può utilizzare, come massime di esperienza, esclusivamente generalizzazioni empiriche indipendenti dal caso concreto; fondate su ripetute esperienze ma autonome ad esse e perciò valevoli per nuovi casi; tratte, con procedimento induttivo, dall'esperienza comune, conformemente ad orientamenti largamente diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale in cui matura la decisione, in quanto non si risolvano in semplici illazioni o in criteri meramente intuitivi o addirittura contrastanti con conoscenze e parametri riconosciuti e non controversi». Ma cosa significa «generalizzazioni empiriche»? Evidentemente solo le leggi scientifiche sono generalizzabili, perciò qui si allude probabilmente a qualche sorta di cripto-associazioni sedimentate nel senso comune, e ricavate dal giudice non si sa bene come. Peraltro, in molti casi i delitti non hanno nulla a che vedere con l'esperienza comune (e il campo sanitario è solo uno dei tantissimi esempi). Fa sorridere, inoltre, l'indicazione che simili massime debbano essere «fondate sulle esperienze ma autonome da esse», così come il fatto di demandare alla professionalità del giudice il compito di selezionare, per giunta in una società plurale e frammentata, «orientamenti largamente diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale» (non si sa né con quale prospettiva – ossia se rilevano gli orientamenti diffusi al momento del fatto, o al momento del giudizio – né con quali limiti, vista anche l'alta digitalizzazione

di correlazioni statistiche verificate o comunque empiricamente verificabili, sinora non si è mai potuto dimostrare che tale correlazione implicasse una vera e propria causazione<sup>90</sup>, ossia che la determinata condotta posta in essere da una persona, sia stata «necessitata» dalla sollecitazione di un altro individuo<sup>91</sup>.

Del resto, riconoscendo la “libertà” dell’agire umano<sup>92</sup>, anche il nostro codice penale dimostra espressamente di non considerare conveniente l’impiego della causalità naturalisticamente intesa, nel quadro di accadimenti *determinati* dalla convergenza di comportamenti differenti.

Insomma, per quanto attualmente ci consta<sup>93</sup>, e in ossequio alle posizioni assunte dal nostro diritto penale sostanziale, le persone non possono essere approssimate a

---

odierna). Insomma, bisognerebbe mostrare un maggior scetticismo di fronte a queste formule linguistiche, specie se si è convinti nel ruolo di garanzia – rispetto ai principi di materialità, offensività, e personalità, oltreché di legalità e imparzialità – che le cognizioni scientifiche possono apportare alla giustizia criminale (pur con tutte le criticità che esse comportano, a partire dalle frequenti situazioni d’incertezza scientifica, sino ad arrivare alla complessa gestione processuale delle perizie; non a caso, non vi è chi non concordi sul fatto che le massime d’esperienza non possano essere impiegate per contraddire leggi scientifiche, v. M. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *RtrimDirProcCiv.* 1997, 553).

<sup>90</sup> Sulla distinzione, problematica («the mantra “correlation does not imply causation” should give way to “some correlations do imply causation”»), tra i concetti di correlazione e di causazione si veda per tutti J. Pearl, *Causality: Models, Reasoning, and Inference*, Cambridge 2009; J. Pearl – D. Mackenzie, *The book of why. The new science of cause and effect*, New York 2018.

<sup>91</sup> Osserva in nota A. Vallini, *La ricostruzione del nesso*, cit., 169, come ciò resti vero anche quando sia innegabile che una «condotta o una “istigazione” costituisca *condicio sine qua non*, nel caso concreto di scelte di condotta altrui (e dunque, indirettamente, degli esiti di queste ultime): si pensi al caso del killer incaricato di uccidere una persona per lui sconosciuta, e che altrimenti non avrebbe avuto alcun motivo di uccidere [...] o anche all’ipotesi, trattata nel testo, del chirurgo che compie un trapianto fidandosi della dichiarazione di trapiantabilità altrui (senza quella dichiarazione la procedura non si sarebbe attivata e il chirurgo non avrebbe compiuto quella operazione). Insomma: una condotta può essere “condizione” di altra condotta senza esserne “causa”; mentre tra condotte ed eventi naturali il mezzo condizionalistico non può che essere “causale”, in senso proprio e scientifico, ossia quale «ripetibilità del verificarsi di un certo evento a seguito di certe condizioni, espressa dalla legge scientifica di copertura; una regolarità non riscontrabile rispetto a scelte umane, sempre comunque condizionate dall’ «alea», da un lato, di processi motivazionali unici per ogni singolo individuo e, dall’altro lato, di atti di volontà, come tali sottratti alle leggi della necessità».

<sup>92</sup> Seppur oggi intesa in senso non più puramente “indeterminista”, bensì in termini “relativistici, come capacità di decidere autonomamente pur in presenza di condizionamenti che influiscono sul percorso decisionale («un “contesto” di fattori e di circostanze che, pur non essendo determinati dall’individuo stesso, egli è soggettivamente in grado di valutare e ponderare al fine di poter assumere le proprie deliberazioni», v. G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 402 ss.; v. inoltre L. Eusebi, *La condotta umana come volizione di eventi*, in *Dinamiche della volizione e libertà*, a cura di L. Eusebi, Milano 2008, 7 ss.).

<sup>93</sup> È noto come a partire dagli studi del neurofisiologo Benjamin Libet negli anni ‘80, si sia mostrato come l’attività cerebrale che conduce a una decisione possa spesso precedere l’acquisizione di consapevolezza sulla decisione stessa da parte della persona che la effettua (v. B. Libet&Al., *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*, in *Brain*, 106, 1983, 623 ss.; B. Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action*, in *Behavioral*

delle marionette, e le loro interrelazioni non sembrano spiegabili eziologicamente. La diagnosi *mancata*, quindi, può *certamente* essere considerata un fattore di rischio rispetto all'evento infausto, ma non anche il suo antecedente causale. Tutt'al più, è un comportamento che aumenta le *chance* statistiche di mancato evitamento dell'evento, ma come ben noto questo è un dato che non può essere valorizzato nella spiegazione eziologica «oltre ogni ragionevole dubbio» dell'evento infausto<sup>94</sup>.

---

*and Brain Sciences*, 8, 1985, 529 ss.). Ciò ha data nuova linfa agli approcci di tipo deterministico, rispolverati adesso in chiave neuro-biologica: alcuni autori, infatti, hanno provato a riaccreditare l'idea di un uomo completamente determinato, in questo caso, proprio dai suoi fattori neurobiologici. Dei veri e propri «nipotini di Lombroso», insomma, che hanno iniziato a patrocinare l'impiego di tecniche neuroscientifiche e di genetica comportamentale nel processo penale, riportando a galla la suggestione di «poter leggere sul corpo» degli uomini il marchio della loro antisocialità, se non addirittura malvagità (v. S. Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *DPP* 2016, 681 ss.). Nondimeno, se lo studio del funzionamento effettivo dell'attività cerebrale può certamente portare a una più precisa definizione del concetto di libertà morale, e se altresì è da salutare con favore lo sviluppo d'indagini volte a rendere più preciso e affidabile l'accertamento dell'imputabilità, allo stato delle nostre conoscenze sarebbe però ingenuo continuare a ridurre in termini puramente lineari il rapporto tra l'attività cerebrale registrabile, e qualunque tipologia di azione umana, riducendo peraltro la volontà a un mero epifenomeno, a un fattore successivo e accidentale rispetto alle scelte d'azione. Com'è già stato autorevolmente registrato, molti esperti hanno infatti messo in luce vizi metodologici importanti degli esperimenti che sostengono le generalizzazioni dei neo-deterministi, a partire dalla loro discutibile rappresentatività: «avendo ad oggetto semplici movimenti corporei, performati all'interno di un laboratorio, essi nulla potrebbero dimostrare in relazione ai meccanismi psichici che accompagnano le decisioni "reali", frutto invece di processi volitivi espliciti nel medio-lungo termine e all'interno dei contesti socio-relazionali assai complessi» (cfr. C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 285, il quale prosegue poi evidenziando come sia più sensato ritenere, in linea con alcune delle più recenti costruzioni del pensiero neuroscientifico, che il comportamento umano scaturisca dall'incrocio di innumerevoli fattori d'influenza, «nella trama delle quali gli impulsi neurali rappresentano solamente *alcuni tra i molteplici vettori*: in altre parole, il segmento di attività neuronale osservato con le tecniche di *brain imaging* designa niente più che l'appendice finale del processo deliberativo, la natura (probabilmente) incosciente della quale non comporta che l'intera azione debba ritenersi *causata* da stimoli incoscienti»; in proposito si veda inoltre, più di recente, D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020; in ambito neuroscientifico, si prendano in considerazione anche C.S. Herrmann&Al., *Analysis of a choice-reaction task yields a new interpretation of Libet's experiments*, in *Int. J. Psychophys.* 2008, 151 ss.; per una rassegna del dibattito generato dagli studi di Libet, v. di recente T. Dominik&Al., *Libet's legacy: A primer to the neuroscience of volition*, in *NBR* 2024; infine, v. pure le conclusioni del ricercatore K. Fifel, *Readiness Potential and Neuronal Determinism: New Insights on Libet Experiment*, in *JON* 38, 784 ss. «neural determinism defined as the mediation of all mental states by brain processes is the inevitable paradigm, even if we assume the centrality of conscious awareness in action control. This view, however, remains compatible with both physicalism (i.e., all mental states are caused by brains) and interactionism (i.e., brain and mind, while distinct and independent, exert causal effects on one another). This makes the philosophical debate about free will and determinism in a state of underdetermination by current neuroscientific findings. Consequently, and referring to the quotation that started this essay, we might conclude by saying that: *Neuroscience may in no way interfere with our first-person experience of the will, it can in the end only describe it ... it leaves everything as it is*»).

<sup>94</sup> Difatti, le cose cambiano passando all'ambito civile, dove la regola di giudizio è del «più probabile che non» o della «preponderanza delle evidenze», e anche la *perdita di chance* rileva quale posta risarcitoria (in merito, con riferimento alla responsabilità da mancata diagnosi, si veda di recente Cass. civ., 19.9.2023 n. 26851, in *italgiure.giustizia.it*, ove tra l'altro si chiarisce che «il danno da perdita di *chance* di sopravvivenza sarà [...]

4. Si apre adesso un passaggio piuttosto delicato, specie nella prospettiva dell'operatore del diritto che si trova a contatto con i casi e i suoi protagonisti. In effetti, seguendo la via che si è tracciata, si rischia di lasciare impunte negligenze che hanno un incontestabile impatto sulla tutela della salute del malato (oltreché sulla efficacia del servizio sanitario prestato)<sup>95</sup>. Il problema politico criminale con cui ci si deve

---

risarcito, equitativamente, volta che, da un lato, vi sia incertezza sull'efficienza causale della condotta illecita *quoad mortem*, ma, al contempo, vi sia certezza eziologica che la condotta colpevole abbia cagionato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (possibilità non concretamente accertabile nel *quantum* né predicabile quale certezza nell'*an*»).

<sup>95</sup> È il risultato, anzitutto, del mancato adeguamento della parte generale del codice alle più coeve acquisizioni in merito alla rilevanza degli obblighi d'intervento e alla conformazione dei contributi concorsuali colposi nell'ambito delle strutture complesse, oltreché del disallineamento dei delitti contro la persona rispetto ai beni di rilevanza costituzionale che dovrebbero contribuire a proteggere (a partire dalla salute). È, però, pure il portato di un atteggiamento particolarmente garantista che la nostra cultura giuridica ha maturato, rispetto alla conformazione dei criteri d'imputazione dei fatti illeciti; un dato, questo, che forse non sempre viene sufficientemente valorizzato dagli addetti ai lavori. Ciò è particolarmente evidente nella scelta di incentrare il giudizio di attribuzione obiettiva dei fatti illeciti in termini non soltanto compiutamente eziologici, ma addirittura scientifici, che richiedono all'interprete un elevato rigore operativo. Difatti, simili problemi non si pongono con i medesimi accenti in esperienze che adottano approcci diversi dal nostro. O meglio, diversi da quelli attualmente seguiti nel nostro ordinamento. Volendo esemplificare, si pensi al già citato Regno Unito, ove il problema dell'imputazione del fatto è risolto in termini prettamente giuridici. In sintesi, già nella determinazione del rapporto obiettivo tra condotta ed evento si dà rilevanza anche alla «blameworthiness of D's conduct in seeking to bring about that result» (cfr. D. Ormerod – K. Laird Smith, *Hogan, & Ormerod's Text, Cases, & Materials on Criminal Law*, Oxford 2020). In particolare, si verifica la natura ordinaria o straordinaria del comportamento rispetto alla produzione del determinato decorso, attraverso un giudizio di *condicio sine qua non* puro (c.d. «but for test») accompagnato da valutazioni di meritevolezza-appropriatezza assiologica del risultato attributivo (difatti, il lavoro di riferimento per le corti inglesi è semore H.L.A. Hart – T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford 1985). E così, ad esempio, in ambito sanitario, affinché la condotta del medico possa esser ritenuta causa di un evento infausto, è necessario che essa si caratterizzi anche per la sua *recklessness*. Per tale ragione, la *chain of causation* non è interrotta dalla negligenza di un clinico che ha provocato la morte per asfissia di un paziente ricoverato per una ferita da arma da fuoco alla coscia e allo stomaco, e la responsabilità deve invece esser attribuita direttamente allo sparatore: «Whilst medical treatment unsuccessfully given to prevent the death of a victim with the care and skill of a competent medical practitioner will not amount to an intervening cause, it does not follow that treatment which falls below that standard of care and skill will amount to such a cause. As Professors Hart and Honore comment, treatment which falls short of the standard expected of the competent medical practitioner is unfortunately only too frequent in human experience for it to be considered abnormal in the sense of extraordinary. Acts or omissions of a doctor treating the victim for injuries he has received at the hands of a defendant may conceivably be so extraordinary as to be capable of being regarded as acts independent of the conduct of the defendant, but it is most unlikely that they will be» cfr. R v Cheshire, 1991, 1 WLR 844; per un caso di responsabilità omissiva v. invece R v McKechnie, 1992, 94 Cr App R 51, entrambi citati anche in D. Ormerod – K. Laird Smith, *Hogan, & Ormerod's*, cit., 51 ss.). Ancora, R v Wallace, 2018 EWCA Crim 690, ove la Court of Appeal ordina un rinnovare il processo a carico di un donna imputata (e poi assolta) di «murder and applying a corrosive substance with intent», a seguito della scelta presa dal suo ex-compagno, molti mesi più tardi, di ricorrere all'eutanasia in Belgio, quando i medici gli hanno comunicato che le condizioni in cui si trovava a causa dei devastanti effetti del getto di acido sulfurico, non sarebbero potute migliorare. In quella pronuncia si legge: «Mr van Dongen's death, his request to the doctors, and the act of



confrontare, perciò, è davvero serio e meritevole della massima considerazione<sup>96</sup>.

Nondimeno, nella legittima ricerca di soluzioni interpretative capaci di contenere l'*horror vacui*, è necessario prestare attenzione «a non piegare il diritto alla giustizia sostanziale. Il diritto costituisce» anche «un precedente, piegare il diritto alla giustizia oggi può fare giustizia, ma è un precedente che domani produrrà mille ingiustizie», perciò «quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. È un giudice sottoposto alla legge, tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto»<sup>97</sup>.

In tal senso, la giurisprudenza (formalmente)<sup>98</sup> dominante e la dottrina prevalente hanno ritenuto di non aderire alla proposta di risolvere il tema causale nelle fattispecie

---

euthanasia itself carried out in accordance with his wishes, were not discrete acts or events independent of the defendant's conduct, nor were they voluntary, if by this is meant they were the product of the sort of free and unfettered volition presupposed by the *novus actus* rule [...] The correct approach in the criminal law is that enunciated in *Smith* and the other authorities to which we have referred: were the injuries inflicted by the defendant an operating and significant cause of death? That question, in our judgment, is necessarily answered, not by philosophical analysis, but by common sense according to all the circumstances of the particular case» (sempre in merito al giudizio di causalità si veda inoltre J.J. Child – A.P. Simester – J.R. Spencer – F. Stark – G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, London 2022). Verrebbe da dire, il buon senso quanto più lo si invoca, tanto più lo si smarrisce. Arrivando a giudizi penali incentrati forse più sul *giusto sdegno* che sulla ragione.

<sup>96</sup> Seppur da una prospettiva diversa da quella che si sta seguendo, sulla «impossibilità di una confusione tra un fattore di rischio e una causa» si rimanda anche a M. Donini, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *RIDPP* 2011, 498 ss.; il tema è già stato toccato *supra*, par. 3.2.

<sup>97</sup> I brani sono tratti dalla nota requisitoria del Cons. Francesco Iacoviello, pronunciata avanti alla Sezione I penale della Corte di cassazione nel processo «Eternit» (Cass. 23.2.2015 n. 7941, in *italgiure.giustizia.it*; v. F. Iacoviello, *Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto*, in *DPC* 21.11.2014). Si deve, dunque, saper coniugare le esigenze politico-criminali (che si possono cogliere, valorizzando soprattutto il profilo funzionale degli istituti penalistici) con quelle garantistiche sottese al principio del *nullum crimen*. Come si è già osservato in altra sede, ciò è possibile nella misura in cui l'interpretazione della fattispecie, pur venendo orientata in funzione dello scopo che può assolvere, si mantenga sempre all'interno del campo di significato segnato dalla lettera del precetto. In tal modo, si impedisce al decidente di applicare l'istituto sia «a ipotesi estranee alla sua dimensione semantica», sia a quelle incongruenti con la «sua funzione politico-sociale» (in proposito si rinvia a N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino 2022, 122 ss., e i riferimenti ivi indicati; in merito all'interpretazione della norma penale sia inoltre consentito il rimando a Id., *L'interpretazione praticabile*, cit.; Id., *L'interpretazione del reato tra diritto penale sostanziale e processuale. Il caso della ricostruzione funzional-tipologica delle qualifiche pubbliche*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovannangelo De Francesco*, a cura di A. Gargani&Al., Pisa 2022, 185 ss.).

<sup>98</sup> Non sempre le formule concettuali che vengono verbalizzate nella motivazione, rispecchiano fedelmente il procedimento ascrittivo effettivamente impiegato nel caso specifico, per collegare la condotta all'evento. E difatti, se in linea generale si sostiene che la verifica della causalità omissiva debba essere condotta adoperando il modello della causalità logica (del resto, la pronuncia che ha definitivamente sdoganato il modello, Cass., S.U., 11.9.2002 n. 30328, cit., verteva proprio su un caso di responsabilità medica omissiva), tuttavia spesso il procedimento di accertamento concreto sembra seguire la logica dell'aumento del rischio (lo notava già A. Di Landro, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principî affermati dalle sezioni unite nella*

omissive improprie, in termini puramente normativi<sup>99</sup>. In effetti, “accontentandosi” di un mero “aumento del rischio”<sup>100</sup>, il problema della responsabilità del diagnosta non curante si potrebbe risolvere agilmente sulla base della constatazione – difficilmente controvertibile – dell’imprescindibilità del contributo valutativo, rispetto alla somministrazione del trattamento impeditivo. In pratica, così facendo resterebbero impunte soltanto quelle negligenze occorse su un paziente che sarebbe stato intrattabile, o comunque con basse possibilità di risposta positiva alla terapia<sup>101</sup>.

---

*sentenza Franzese? Due nuovi esempi di causalità more iuridico demonstrata*, in *FI* 2006, 623 ss.; v. inoltre G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008, 37 s.; C.F. Grosso, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, 754 ss.; parla di un richiamo spesso «retorico e di stile» O. Di Giovine, *I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze*, in *DPC* 22.6.2018, 13; il «pericolo di degenerazioni di tipo retorico degenerazioni di tipo retorico che, come si riscontra talvolta nella prassi, imprimono arbitrariamente il suggello dell’elevata probabilità logica su ragionamenti probatori che rimangono altamente incerti quanto al carattere salvifico delle condotte mancate; e che non si confrontano adeguatamente con le particolarità della fattispecie concreta» è segnalato anche della giurisprudenza, cfr. per tutti Cass., S.U., 18.09.2014 n. 38343, cit.).

<sup>99</sup> Questo era l’orientamento prevalente in giurisprudenza prima delle Sezioni Unite «Franzese» (v. per es. Cass. 10.7.1987 n. 8290, in *CP* 1989, 72 ss.; Cass. 19.5.1992 n. 5919, in *CP* 1994, 1024 ss.; Cass. 13.5.1992 n. 5639, in *RIML* 1993, 460 ss.); dopo la pronuncia delle citate Sezioni Unite, invece, la proposta è stata rivisitata e più attentamente strutturata soprattutto nei noti lavori dottrinali di R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino 2010 (precedentemente v. per es. Id, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *CP* 2006, 3226 ss.); F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1679 ss.; per un riferimento alla giurisprudenza di merito più recente, v. ad es. Trib. Pisa, 27.5.2011, in *DPC*, con commento di T. Trinchera, *In tema di attività medica e causalità della colpa*, 29 giugno 2011.

<sup>100</sup> I sostenitori di questa proposta ritengono che, nell’ambito della fattispecie omissiva impropria, la legge scientifica astratta non possa essere concretizzata attraverso la prescritta esclusione dei percorsi causali alternativi. Conseguentemente, si rimarrebbe con una spiegazione dotata quasi sempre di un ineliminabile coefficiente probabilistico, che si accompagnerebbe a una condotta impeditiva congetturabile facendo leva su regole cautelari quasi sempre elastiche, e dunque incapaci di indicare contegni propriamente «interruttivi» del decorso, ma soltanto quelli statisticamente più efficaci. Alla luce di ciò, il dettato dell’art. 40, co. 2 Cp. potrebbe fondatamente essere inteso in termini puramente normativi, ossia quale dichiarazione *ex lege* della causalità dell’omissione in presenza della posizione di garanzia; dopodiché, il giudizio ascrittivo si sposterebbe tutto sulla verifica della causalità della colpa. Ciò non sarebbe «uno sterile spostamento dei mobili nella stanza, ma è a mio avviso gravido di conseguenze pratiche. Se la maggioranza delle norme cautelari – e certamente della stragrande maggioranza di quelle che regolano l’arte medica – ha la funzione non di neutralizzare i rischi di verificazione di eventi lesivi, ma semplicemente quella di ridurre tali rischi, allora mi pare del tutto coerente consentire l’imputazione per colpa di un evento allorché il soggetto abbia omesso di ridurre il rischio nella misura imposta dalle norme cautelari pertinenti, sì da evitare l’incongruenza di lasciare ad es. impunito il medico che – in violazione di tali norme cautelari! – abbia certamente sottratto importanti chances di salvezza ad un paziente, soltanto perché non è possibile affermare che il compimento dell’azione doverosa avrebbe certamente impedito il verificarsi dell’evento letale» (cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *DPC – Riv. Trim.*, 3, 2013, 389 s.; sull’impossibilità di raggiungere una certezza assimilabile nei giudizi di causalità attiva e omissiva v. anche G. Fiandaca, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, *FI* 1983, 38; Id, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, *IP*, 2006, 961; L. Masera, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *DPP* 2006, 493 ss.).

<sup>101</sup> V. per es. Cass. 31.5.2022 n. 23140, in *italgiure.giustizia.it*. Invero, soprattutto in passato non sono mancate

Nondimeno, seguendo questa via si è registrato il rischio di operare al di fuori del perimetro tracciato dalle norme sul nesso eziologico, offrendo possibilmente una scorciatoia probatoria, che presta pure il fianco a impieghi in chiave di responsabilità da posizione, e apre in definitiva la strada a una riconversione dei reati omissivi di danno in chiave di mero pericolo. Nello specifico, si è rimarcato anzitutto come l'art. 40 Cp. «riferisce il tema causale sia all'azione che all'omissione, sicché anche in relazione a tale tipologia di condotta il giudice deve accertare se sussiste in concreto un suo legame causale con l'evento [...] il successivo comma 2», inoltre «ci dice che il non aver impedito l'evento "equivale" ad averlo causato (attraverso una azione); ciò significa che non basta il riscontro della qualità di garante in capo all'omittente, ma occorre pur sempre che si possa stabilire che egli – in tale qualità – nelle circostanze date di tempo e di luogo non abbia attraverso la propria omissione impedito l'evento»<sup>102</sup>. Dal punto di vista operativo, poi, si è osservato come non sia del tutto condivisibile l'idea di una maggiore ipoteticità della causalità omissiva rispetto a quella attiva, poiché, pur avendo la prima carattere inevitabilmente prognostico, anch'essa richiederebbe comunque un unico confronto tra ciò che è accaduto (decorso reale) e ciò che sarebbe potuto-dovuto accadere (decorso ipotetico)<sup>103</sup>. Del resto, le difficoltà ricostruttive dovute alla natura marcatamente "prognostica" del giudizio causale omissivo<sup>104</sup>, possono essere efficacemente superate «nel crogiuolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando l'apprezzamento conclusivo può essere espresso in termini di elevata probabilità logica. È il piano processuale che, richiedendo un approccio valutativo, può in alcuni casi consentire di metabolizzare la misura d'incertezza che spesso si riscontra nei giudizi della giurisprudenza»<sup>105</sup>.

---

pronunce che hanno in qualche modo impropriamente controbilanciato le basse probabilità di sopravvivenza del paziente, con la gravità del rimprovero addebitabile al medico diagnosta (v. per es. Cass. 17.1.1992 n. 371, in *FI* 1992, con nota di I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, 363 ss.).

<sup>102</sup> Cfr. D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 35; contra v. per es. G. Fiandaca, voce *Causalità*, in *DigDPen.* 1988, 126 s.

<sup>103</sup> In proposito v. C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIDPP* 1992, 838 ss.; F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, Milano 2006, 1893 ss.

<sup>104</sup> In proposito, oltre agli scritti già citati, v. anche R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 13 ss.

<sup>105</sup> Cass., S.U., 18.9.2014 n. 38343, cit.; questa posizione era già stata espressa in modo assimilabile da A. Vallini, *La ricostruzione del nesso*, cit., 198 a cui si rinvia però anche per le fondamentali precisazioni in merito al tema della «ipoteticità» del nesso eziologico omissivo e alla praticabilità del giudizio di esclusione dei decorsi causali alternativi (193 ss.; sulla rilevanza dell'evento *hic et nunc* si veda pure, per es., O. Di Giovine, *La causalità*, cit., 616); ritiene invece che questo tipo di giudizio riproponga sotto mentite spoglie una valutazione del nesso eziologico di tipo intuizionistico-individualizzante, dunque affidato in buona sostanza al libero convincimento

Nel tentativo, allora, di meglio coniugare le istanze politico-criminali con quelle della legalità e della personalità della responsabilità penale, il primo passaggio che si può compiere consiste nel ridurre l'omogeneizzazione degli obblighi d'intervento, predefinendone i contenuti sulla base delle effettive capacità impeditive delle tipologie di specialista clinico esistenti<sup>106</sup>. Come noto, infatti, per la configurabilità di un vero e proprio dovere impeditivo è necessario che il soggetto sia stato previamente dotato giuridicamente dei poteri adeguati a scongiurare l'evento, e inoltre che abbia in concreto avuto la possibilità di attivarsi per influire sul decorso causale<sup>107</sup>. In sostanza, non sarebbe possibile richiedere a uno pneumologo di impedire eventi neurologici o cardiologici, soprattutto quando a elevata specificità, perché non ha affatto la preparazione per trattarli. Anche una parte della giurisprudenza ha dimostrato di concordare – non soltanto negli *obiter dictum*<sup>108</sup>, bensì nelle stesse massime di decisione – assumendo un atteggiamento più analitico e coerente nella definizione dell'obbligo impeditivo. In particolare, adottando invero una teoria della «competenza per il rischio»<sup>109</sup>, si è talora richiesto che la posizione di garanzia fosse «precisata in

---

del giudice, M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *ED* 2010, 658; v. inoltre G. Marinucci, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *RIDPP* 2009, 523 ss.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, Milano 2006, 1994 ss.; invece, sull'identità dei modelli di accertamento della causalità attiva e omissiva v. F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, Milano 2006, 279 ss.; S. Preziosi, *La causalità penale*, cit., 162; F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit.; v. inoltre K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., 397, ove si osserva che «se ciò che conta è pur sempre che la condotta doverosa omessa possa essere considerata dall'ordinamento una causa (nel senso di condizione negativa) dell'evento non impedito, anche nell'omissione, benché l'evento sia naturalisticamente riconducibile ad altra causa, rimane necessaria l'esclusione di cause alternative per stabilire la causalità della condotta umana; diversamente, cioè limitandosi a considerare la causalità «reale», si dovrebbe sempre escludere la responsabilità a titolo di omissione, dato che l'omissione, per sua natura, interviene su un corso causale lesivo già in atto. Sul presupposto della identità dell'accertamento controfattuale nella causalità commissiva e in quella omissiva e della rilevanza della questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito già sul piano causale, la causalità individuale richiede sempre la prova del nesso causale tra la condotta illecita/inosservante e l'evento. L'esclusione (ragionevole) di decorsi causali alternativi implica la dimostrazione che l'evento era evitabile mediante la condotta osservante».

<sup>106</sup> Come ha registrato criticamente L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021, 194, nel diritto penale attuale si registra invece un «cortocircuito di posizioni di garanzia ormai endemicamente ritagliate a piacere sui casi oggetto di giudizio e giustificate retrospettivamente con logica da *hindsight bias*».

<sup>107</sup> Si rinvia *ex multis* a F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 172 s., per il quale è imprescindibile stabilire se l'evento verificatosi rientri nei poteri impeditivi dell'obbligato; G. Marinucci E. Dolcini G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 2021, 279 ss.; con riferimento alle trattazioni monografiche, v. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975; v. *supra*, par. 3.1.

<sup>108</sup> V. *supra*, par. 3.1 e 4.

<sup>109</sup> Adesivamente v. R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 151 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul*

rapporto alle competenze e alle conseguenti responsabilità» del determinato specialista<sup>110</sup>.

In sintesi, perciò, ai sensi dell'art. 40, co. 2 Cp. si dovrebbe essere chiamati a rispondere soltanto di ciò di potenzialmente impeditivo che non si è fatto, ma si era tenuti a saper fare e si poteva fare (dal punto di vista giuridico e fattuale); pertanto, l'obbligo d'impedire monosoggettivamente l'evento potrebbe incombere esclusivamente sul clinico effettivamente in grado di trattare la determinata patologia<sup>111</sup>.

Così delimitato l'obbligo giuridico, la responsabilizzazione del medico consulente o comunque non curante che manca la diagnosi si fa, se possibile, ancor più precaria. In effetti, al già segnalato problema relativo all'accertamento causale, si può in molti casi aggiungere, precedendolo, quello della stessa capacità e, dunque, dell'obbligo penalmente rilevante d'intervento sul decorso causale in atto. Prendiamo il caso del radiologo che sia chiamato a effettuare e interpretare una TAC dell'encefalo, e che fallisca nel riconoscere una patologia neurologica<sup>112</sup>. In questo, come in altri fatti simili, la negligenza del consulente non sarebbe in alcun caso «giustiziabile»:

- i. in primo luogo, perché difetta della posizione di garanzia rispetto all'evento finale, essendo sprovvisto di qualunque funzione – prima ancora che capacità – impeditiva di tale evento *hic et nunc*, potendo (e, quindi, dovendo) tutt'al più sollecitare lo specialista competente a valutare e praticare il trattamento terapeutico che riterrà più opportuno;
- ii. dopodiché, dal punto di vista causale-naturalistico, sarà proprio e soltanto la mancanza di quel trattamento a non aver evitato l'esito infausto.

*Rebus sic stantibus*, per i contegni antecedenti al trattamento si potrà porre, semmai, il problema di verificare se essi abbiano condizionato la condotta impeditiva in termini rilevanti ai sensi degli artt. 110 ss. Cp. In altre parole, essi potranno essere

---

fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa, in *Criminalia* 2015, 151 ss.; contra A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* 2017, 536 ss.; A. Vallini, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *DPP* 2015, 1537 ss.

<sup>110</sup> V. per es. Cass. 29.5.2018 n. 29135, in *italgiure.giustizia.it*, relativa alla responsabilità nella fase post-operatoria, del medico anestesista che abbia preso parte all'intervento chirurgico.

<sup>111</sup> Riprendendo la sintesi effettuata da C. Paonessa, *Obbligo d'impedire l'evento e fisionomia del potere impeditivo*, in *Criminalia* 2012, 663, «ciò che è penalmente pretendibile dal garante non può oltrepassare, da un lato, la specifica competenza del soggetto obbligato e, dall'altro lato, il fine specifico per cui allo stesso è stato affidato un determinato potere».

<sup>112</sup> V. *supra*, par. 3.1.

rimproverati non già monosoggettivamente, bensì soltanto nelle forme e nei modi stabiliti dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale, e in particolare da quella colposa (art. 113 cp.)<sup>113</sup>.

A ben vedere, questa è un'indicazione che ci viene confermata dallo stesso art. 41, co. 2 Cp. Come già osservato da attenta dottrina, infatti, una volta aderito all'interpretazione naturalistico-scientifica del tema eziologico, la polemica distinzione su base cronologica degli antecedenti<sup>114</sup> diventa più chiara, assumendo la fondamentale funzione sistematica di distinguere tra casi di responsabilità monosoggettiva e plurisoggettiva eventuale: «poiché, come noto, *natura non facit*

<sup>113</sup> Sul problema della cooperazione colposa si rinvia in particolare ai lavori monografici di P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano 1999; Marc. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957; F. Consulich, *Il concorso*, cit.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit.; E.J. di Guyanga, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi. Contributo alla dottrina delle cause colpose mediate*, Milano 1913; T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973; S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano 1987; M. Spasari, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano 1956; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988.

<sup>114</sup> È noto che la norma abbia offerto uno dei punti d'appoggio fondamentali, per le teorie che sostengono la necessità di un procedimento ascrittivo obiettivo *sostitutivo* o *aggiuntivo* a quello causale-naturalistico, capace di soddisfare le esigenze attributivo-assiologiche proprie del sistema giuridico (in questo caso penale) a cui il giudizio imputativo sarebbe servente (citando F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 230, «non si tratta di stabilire se un'azione (in senso lato) sia causa di un evento, ma se un evento possa imputarsi ad un uomo e considerarsi opera sua»). Si tratta di teorie variamente denominate e diversamente articolate (per limitarsi alle più conosciute, la teoria della causalità adeguata, su cui v. J. Von Kries, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1889, 528 ss.; la c.d. «causalità umana» di F. Antolisei, *Il rapporto di causalità*, cit., 178 ss.; le teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento, su cui v. E. Anarte Borrillo, *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, Relaciones y Perspectivas*, Huelva, 2002; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006; C. Roxin, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 83 ss.) che impongono all'interprete di valutare se l'antecedente sia anche (in diverso modo) prevedibile, riconoscibile, e dunque imputabile ha chi ha prodotto quell'antecedente. In breve, si accompagna insomma ad una verifica «ex post del rapporto eziologico una valutazione, ancora ex post, delle peculiari modalità di produzione dell'evento, nonché un accertamento, ex ante, della congruenza qualitativa o quantitativa della condotta rispetto a quelle modalità» (cfr. A. Vallini, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nesso tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità «scientifica», in *DPC* 11.07.2012, 4 ss., a cui si rimanda). In definitiva, i casi in cui queste ricostruzioni escludono il nesso con l'evento sono quelli in cui questo non era prevedibile (sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, o della «dominabilità», oppure ancora in relazione alla «violazione di regola cautelare», e così via). Anche per tale ragione, tali teorie (riassumibili sotto l'etichetta di «causalità giuridica») non sembrano accordarsi al disposto dell'art. 41, co. 2, Cp., che s'interessa esclusivamente delle «cause sopravvenute» (inoltre producono esiti talora addirittura insostenibili, in proposito si rimanda per es. a E. Morselli, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *IP*, 1998, 879 ss., che rileva tra l'altro come tali ricostruzioni, «anche se riescono ad offrire soluzioni di rilievo dogmatico, hanno in comune un sostanziale difetto: non sono teorie causali [...] non fanno che indebitamente anticipare, in termini impropriamente causali, problematiche e relative soluzioni che, invece, ad essere precisi, appartengono al momento dell'imputazione *soggettiva* del fatto»; A. Vallini, «Cause sopravvenute da sole sufficienti», cit.).

*saltus*», tale suddivisione «acquista un senso se riferita a relazioni tra condotte umane (ivi comprese le condotte della vittima) “condizionanti” l’evento. Tra di esse, alcune esercitano un’influenza sul processo causale “coperta” da leggi scientifiche (esse sono “da sole” - cioè a prescindere dalle altre - “sufficienti” a determinare l’evento); altre, invece, incidono su quel processo in modo “mediato”, per il fatto di condizionare storicamente condotte del primo tipo, senza tuttavia porre in essere antecedenti casuali “tipici” alla stregua della legge che “spiega” la produzione dell’evento»<sup>15</sup>.

Seguire questa via, dunque, permette di valorizzare il ruolo dell’art. 41, co. 2 Cp. quale strumento normativo, altrimenti mancante, per distinguere le ipotesi di responsabilità monosoggettiva e plurisoggettiva. La disposizione, infatti, stabilisce che *causa dell’evento* può essere soltanto quella “naturalistica”, pertanto qualora vi siano condotte umane “condizionanti” il medesimo accadimento solo attraverso la mediazione di altre e altrui condotte, esse soltanto *stricto sensu* causali, la risposta al quesito della responsabilità verrà necessariamente a dipendere dagli artt. 110 ss. Cp. A conferma di tale lettura, è pure «significativo che la seconda parte dell’art. 41, comma 2, c.p. contempra la possibilità che la condotta non causale costituisca comunque reato; non già, si badi, un diverso reato, come si scrive, invece, nell’art. 47, 2° co., c.p. (in relazione all’errore sul fatto che non esclude il dolo di altro reato, i cui estremi siano comunque realizzati) o nell’art. 49, 3° co., c.p. (azione che integra una fattispecie differente da quella erroneamente supposta o impossibile). Se la norma non insiste sulla “diversità” dell’ipotesi criminosa comunque integrata, è appunto per evitare di porre intralci letterali all’eventualità che detta ipotesi sia costituita, più precisamente, da un concorso nella realizzazione di quello stesso tipo di reato, non integrato “monosoggettivamente” dall’agente per la mancanza di nesso eziologico»<sup>16</sup>.

Tirando le fila delle argomentazioni proposte, la responsabilità del diagnosta può essere risolta monosoggettivamente soltanto nei casi in cui egli sia titolare di effettivi poteri impeditivi, ossia quando sia dotato della posizione e della professionalità per

---

<sup>15</sup> A. Vallini, *La ricostruzione del nesso*, cit., 171.

<sup>16</sup> Cfr. A. Vallini, «Cause sopravvenute da sole sufficienti», cit., 43. La lettura è minoritaria, ma sta incontrando una considerazione crescente nei lavori più recenti (v. per es. F. Consulich, *Il concorso*, cit., 211 s.; E. Mezzetti, *Autore di reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli 2021, 141 ss.; D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia* 2014, 349, il quale tuttavia ritiene che «per quanto intelligenti siano le soluzioni proposte, esse sconteranno sempre gli effetti nefasti dell’impostazione teorica di fondo seguita in giurisprudenza per accertare la responsabilità per l’evento involontario. Fintanto che la logica della colpa resterà la prevedibilità del giudice-agente- modello, non v’è infatti speranza alcuna di circoscrivere l’area della tipicità penale, sottraendola alla libera discrezione dell’interprete»).

curare la patologia che è causa dell'evento infausto. Al di fuori di simili ipotesi, e dunque quando il diagnosta è un medico consulente o comunque non curante, la sua responsabilità dovrà necessariamente essere vagliata alla luce delle disposizioni che dettano le condizioni di rilevanza dei contributi monosoggettivamente atipici, ossia degli artt. 110 ss. Cp.

4.1. La ricostruzione interpretativa che si è appena suggerita offre un inquadramento più coerente delle diverse fattispecie di *mancata* diagnosi, tanto dal punto di vista sistematico che funzionale. In particolare, si è dato conto della divergenza di regimi imputativi che sussiste tra le omissioni valutative del medico curante e quelle compiute dal consulente/non curante: difatti, mentre nel primo caso esse possono essere rimproverate monosoggettivamente, poiché configurano l'antecedente di una condotta impeditiva che il clinico poteva effettivamente e direttamente mantenere; nel secondo, invece, si dovrà necessariamente ricorrere all'istituto della cooperazione colposa. Invero, quando il medico che manca la diagnosi è privo dei requisiti professionali necessari per la cura della malattia del paziente, l'omissione che gli può essere attribuita è esclusivamente quella attinente all'individuazione della patologia; un'omissione, però, che qui rileva quale antecedente di una mancata condotta impeditiva altrui (ossia del medico che invece quella professionalità terapeutica poteva vantarla). Rispetto all'evento lesivo, dunque, essa costituisce una condizione negativa priva di significato eziologico<sup>117</sup>. Ciò significa che essa potrà acquisire rilevanza soltanto qualora abbia condizionato il contegno degli agenti che hanno compiuto (*rectius*, che avrebbero potuto compiere) la condotta naturalisticamente impeditiva, nelle forme e nei modi dettati dagli artt. 110 ss. Cp. per la valorizzazione dei contributi atipici<sup>118</sup>.

Quel che adesso si deve fare, quindi, è verificare la sussistenza di tali requisiti nel caso di specie. Sono almeno due gli ordini di problemi che si devono affrontare:

---

<sup>117</sup> V. *supra*, par. 3.2.

<sup>118</sup> Questa rappresenta anche la cifra della c.d. «funzione incriminatrice» della fattispecie plurisoggettiva eventuale, che in buona sostanza consente di ampliare il novero delle condotte penalmente rilevanti oltre i confini segnati dalla disposizione di parte speciale (v. per es. L. Vignale, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *RIDPP* 1983, 1373). Nondimeno, si deve segnalare come tale funzione sia stata messa in discussione da una parte della dottrina proprio nello specifico contesto della cooperazione colposa (il dibattito è ampiamente ricostruito in L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., 122 ss.; invero, l'ammissibilità di una cooperazione colposa è discussa sin dai tempi del codice Zanardelli, v. G. Bettiol, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *RIDP*, 1930, 673ss.; G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa 1831, 393; F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale: del grado della forza fisica del delitto*, I, Firenze 1909, §§ 221 ss.).



i. in primo luogo, la delimitazione dell'obbligo giuridico. Invero, se si ritiene che il medico non curante sia sprovvisto della capacità d'intervenire sul decorso da cui è derivata l'offesa, potrebbe non essere così scontato imputargli un qualsivoglia contributo omissivo, anche concorsuale, poiché difetterebbe, a monte, la posizione di garanzia che legittima la pretesa dell'intervento impeditivo;

ii. dall'altro lato, anche assumendo che il «mero» diagnosta possa essere effettivamente ricompreso tra coloro che sono tenuti ad attivarsi, è necessario determinare secondo quali criteri si possa affermare che il suo contributo abbia effettivamente avuto rilevanza – sia pure in termini concorsuali – nella produzione del fatto illecito che s'intende rimproverare.

Si tratta di questioni piuttosto dense e impegnative, non soltanto dal punto di vista applicativo ma persino dogmatico.

Per quanto concerne la prima, in dottrina si è sostenuto che la posizione di garanzia presuppone sempre l'attribuzione di poteri compiutamente impeditivi, di modo tale che si potrebbe concorrere *negativamente* alla realizzazione di un evento illecito, soltanto quando si abbia già il dovere e la capacità di impedirlo monosoggettivamente<sup>119</sup>. Nel tentativo di colmare i vuoti di tutela derivanti da una tale lettura, allora, la giurisprudenza ha fatto ricorso (anche)<sup>120</sup> *in subiecta materia* a un allargamento *praeter legem* del contenuto dell'obbligo impeditivo, accompagnato da un'equiparazione *contra rerum* dei fattori umani e naturali nella prospettiva della loro causabilità<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Per riassumere la posizione più consolidata già richiamata *supra*, par. 4, con le autorevoli parole di L. Risicato, *Combinazione e interferenza*, cit., 449, «la più attenta dottrina italiana e straniera [esclude] la rilevanza concorsuale delle condotte omissive di mera agevolazione, realizzate da un garante privo di poteri effettivamente impeditivi dell'evento lesivo e quindi non in grado di porre in essere una condizione negativa dell'evento-reato. Se poi il concetto di "obbligo giuridico di impedire l'evento" nasce per colmare il deficit di tipicità dei reati commissivi mediante omissione, è quanto meno doveroso pensare che gli estremi dell'omissione penalmente rilevante debbano sempre equivalere — ai fini della responsabilità penale — al compimento della fattispecie tipica prevista in chiave commissiva dalla norma incriminatrice di parte speciale. Diversamente correremmo il rischio di incriminare omissioni assolutamente irrilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, violando il disposto dell'art. 40 cpv. c.p. L'equivalenza non può porsi tra l'azione ed un contributo omissivo meramente accessorio, pena il rischio di creare inaccettabili confusioni tra lecito ed illecito».

<sup>120</sup> V. *supra*, par. 3.2., nt. 79.

<sup>121</sup> In tal modo, si è potuto sostenere che chi ha omissso di introdurre una condizione funzionale all'attivazione di contributi impeditivi altrui, possa essere direttamente responsabile per la stessa produzione dell'evento illecito (lo si è continuato a sostenere persino dopo la sentenza «Franzese», v. *supra*, par. 4, nt. 99). In una diversa prospettiva, sembra concordare con la ricostruzione in termini monosoggettivi della responsabilità del diagnosta G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto*

Tuttavia, in letteratura constano ricostruzioni alternative, meglio in grado di coniugare le esigenze politico criminali di cui la giurisprudenza ha dimostrato di volersi far carico, con l'imprescindibile e rigoroso rispetto dei principi e delle categorie che contraddistinguono il diritto penale *fattuale e liberale*. Seguendo un orientamento dottrinale più recente, infatti, sarebbe possibile sostenere la punibilità anche dei casi di «impedimento frazionato» dell'evento illecito, in cui, cioè, il potere d'interruzione del nesso non è detenuto per intero da ognuno dei concorrenti, ma può tuttavia essere ricostruito sulla base del complesso degli obblighi giuridici incombenti su ciascuno dei cooperanti.

Il risultato sarebbe raggiungibile seguendo due passaggi. Anzitutto, dal punto di vista teorico, si è messa in luce l'astratta possibilità di applicare anche congiuntamente le clausole generali che incorporano le forme di manifestazione del reato, a partire da quelle c.d. «d'incriminazione suppletiva»<sup>122</sup>. In secondo luogo, con riferimento alla

---

delle organizzazioni complesse, in LP 3.2.2020, 13 ss. e Id., *Diritto penale*, cit., 672. In breve, seguendo le posizioni espresse dall'autorevole studioso, anche il professionista consulente potrebbe essere direttamente rimproverato per l'evento infausto, nei casi in cui abbia, con la sua omissione, pregiudicato "in blocco" ogni possibilità d'intervento da parte dei medici curanti: con la sua mancanza, infatti, sarebbe venuto meno al ruolo funzionale di agente in grado di attivare e direzionare proficuamente, mediante le sue "infungibili" mansioni valutative, un potere impeditivo altrui che, altrimenti, non avrebbe potuto essere speso. È una posizione che valorizza condivisibilmente «la connessione del ruolo funzionale proprio del soggetto con il tipo e le modalità strumentali con cui il suddetto potere può (e deve) venire esercitato dal garante». Nondimeno, la diretta attribuzione della responsabilità omissiva passa necessariamente dalla ricostruzione di un potere impeditivo che, come si è dimostrato, il "mero" diagnosta non possiede. Invero, come ben noto, i progressi della scienza e della tecnica moderna hanno implementato notevolmente le *performance* della medicina, al "prezzo" però di una considerevole specializzazione del suo sapere, e di una conseguente moltiplicazione e differenziazione delle figure in grado di padroneggiare le molteplici tecniche di cura oggi disponibili. Pertanto, diversamente da quanto si poteva fare in passato, adesso non si può più sostenere che un medico abbia, in quanto tale, una piena posizione di garanzia rispetto a qualsiasi evento infausto possa derivare, dall'evoluzione di un qualsivoglia quadro patologico. Piuttosto, nei casi in cui egli risulti sfornito di concrete competenze sulla cura (si pensi al radiologo rispetto alla rimozione di un carcinoma), la responsabilità di quel sanitario potrà essere ricostruita soltanto nel quadro di una trama cooperativa concretamente in grado, nel suo insieme, di scongiurare l'esito infausto. Difatti, come suggerisce anche l'interpretazione dell'art. 41, co. 2, Cp. su cui ci si è già soffermati (v. *supra*, par. 4), è semmai in quel contesto che si potrà valorizzare l'importanza del momento diagnostico, poiché è un momento che resta decisivo sul piano "funzionale", ma non anche su quello "eziologico" (essendo incapace scongiurare qualsivoglia decorso infausto; v. anche *infra*).

<sup>122</sup> V. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, cit. Sulla possibilità di combinare in diverso modo le clausole generali vi è ampio consenso in dottrina, seppur con posizioni diversificate in merito alla compatibilità tecnica (tra le clausole che si combinano) e assiologica (a partire dai principi di tipicità e legalità, v. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, cit., 41 ss. e i riferimenti ivi indicati) di specifiche combinazioni di determinate forme di manifestazione (v. *infra*). Per alcune significative applicazioni giurisprudenziali, si pensi alla combinazione dell'istituto del tentativo con le circostanze del reato (v. per es. Cass., S.U., 28.3.2013 n. 28243, in *italgiure.giustizia.it*), oppure a quella del concorso di persone e del delitto tentato (di recente Cass. 9.2.2023 n. 5682, in *italgiure.giustizia.it*).

specifica ipotesi della fattispecie plurisoggettiva eventuale, si è rimarcato come sia possibile dare rilievo penale anche a singoli doveri informativi e di vigilanza, che se correttamente esercitati avrebbero potuto nel loro insieme interrompere *naturalisticamente* il decorso causale pregiudizievole. In altre parole, si è fatto largo all'integrazione frazionata della posizione di garanzia, funzionale a un rimprovero collettivo per il mancato impedimento dell'evento<sup>123</sup>.

Nello specifico, si sostiene che l'interazione tra l'art. 40, co. 2 Cp. e gli artt. 110 e 113 Cp. permetta di sostenere l'equivalenza tra concorrere alla causazione dell'evento, e concorrere al suo mancato impedimento. In effetti, la violazione «dell'obbligo giuridico di agire (ad es., di controllo, sorveglianza, informazione, ecc.) – non rivolto direttamente e immediatamente all'impedimento dell'evento lesivo ma, pur sempre, teleologicamente orientato ad evitare l'evento inerente alla sfera di garanzia – può rilevare in termini di concorso nell'omesso impedimento, purché la predetta violazione risulti strumentale al verificarsi dell'omissione impropria»<sup>124</sup>. Ciò consentirebbe di valorizzare anche le omissioni effettuate da soggetti privi di una vera e propria posizione di garanzia, ma tenuti, ciò nonostante, ad attivarsi sinergicamente e in vario modo, per evitare – o meglio ancora co-evitare – il risultato lesivo illecito<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> La tesi è di A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022; a un risultato non equivalente ma comunque piuttosto prossimo si era avvicinato già F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 183 ss., nella misura in cui ammetteva la rilevanza anche degli apporti dei soggetti privi di un compiuto obbligo di evitare l'evento (alla stessa stregua, si dice, del concorso dell'*extraneus* nei reati propri).

<sup>124</sup> A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo*, cit., 198. Emerge bene la funzione incriminatrice che la fattispecie plurisoggettiva eventuale può avere, anche in un contesto dove era invece spesso relegata a strumento di mera disciplina delle interazioni soggettive (v. A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo*, cit., 198). Nondimeno, tale possibilità, oltre a esser come visto contestata in *subiecta materia* (v. supra), è pure dibattuta in astratto con riguardo alle ipotesi di cooperazione colposa (art. 113 Cp.) che qui principalmente interessano (è nota l'opinione contraria di Marc. Gallo, *Lineamenti*, cit., 112; a riguardo si veda la recente analisi di M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in AP 2021; si consideri inoltre il punto di vista espresso da F. Consulich, *Il concorso*, cit., 141, il quale, muovendo dalla prassi applicativa odierna, sostiene che del «dilemma in ordine alla funzione incriminatrice o di mera disciplina dell'art. 113 c.p. non è più il caso di parlare, se non per constatare, pragmaticamente, che la realtà impone all'interprete non già di chiarire se la norma possa estendere i confini della responsabilità penale, ma di trovare semmai dei limiti alla sua portata punitiva»).

<sup>125</sup> La posizione è stata formulata soltanto di recente e, come anticipato, si pone in controtendenza con gli indirizzi più consolidati, v. per es. proprio L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, cit., 453, la quale, per le ipotesi più prossime a quella che qui più interessa (si consideri però che l'autrice ha scelto quale caso studio l'omesso impedimento del reato altrui), ha ritenuto che «l'art. 40 cpv. c.p. non può - in assenza di una esplicita indicazione normativa - avere una estensione "rigida" ovvero "elastica" a seconda che venga in considerazione un reato monosoggettivo ovvero una fattispecie plurisoggettiva eventuale»; pertanto rispetto a esso gli artt. 110 ss. Cp. avrebbero per lo più una funzione di disciplina. Ultimamente si è espresso in senso contrario anche F. Consulich, *Il concorso*, cit., 304, il quale però ritiene che «la mancata criminalizzazione dell'omissione del non

In definitiva, essa rappresenterebbe una vera e propria ipotesi di concorso, o meglio cooperazione, frazionata nel reato, che declinata sub specie di responsabilità omissiva implicherebbe un corrispondente frazionamento dell'obbligo impeditivo, condizionato però dalla chiara presenza di doveri giuridici convergenti e sinergici, tutti funzionalmente necessari a evitare il decorso causale avverso: «il passaggio dalla titolarità individuale alla contitolarità di obblighi/poteri di garanzia si fonda, per l'appunto, sulla ripartizione distribuzione di ruoli e funzioni tra loro interconnessi e complessivamente orientati teleologicamente anche al co-impedimento dell'esito lesivo, quale prodotto finale dell'attività preventiva»<sup>126</sup>.

Del resto, ciò è proprio quanto accade nelle entità organizzative complesse che caratterizzano la contemporaneità, dalle imprese agli ospedali, arrivando sino alle filiere produttive e di prestazione degli odierni servizi digitali globali: qui, infatti, la divisione del lavoro presuppone un operare distribuito, ripartito e coordinato per il conseguimento dei risultati che l'entità si pone, nonché per la prevenzione di eventuali esternalità illecite<sup>127</sup>. In un quadro siffatto, l'impedimento dell'evento non può ricadere su un singolo individuo, ma soltanto sull'intervento sinergico di ciascuno dei co-obbligati alla gestione di quel determinato pericolo, ognuno nei limiti delle sue

---

garante non determini una lacuna nel sistema se si individua chi abbia contribuito al deficit di prevenzione dell'evento avverso con la propria inosservanza [...] In caso di evento avverso, chi rivesta una posizione di garanzia e certo il primo soggetto a cui guardare, ma, a latere e/o a monte di questi, ci si deve rivolger è a chi lo abbia quasi usato in modo inefficiente, adempiendo alle proprie mansioni in modo erroneo, incompleto o fuorviante, in violazione della cautela personale. La problematica sottesa al paradigma del partecipe omissivo non garante può dunque essere risolta, nel rispetto del principio di determinatezza, individuando la violazione positiva di un protocollo di comportamento diligente, qualificata dall'effetto di induzione all'errore di chi era gravato dall'obbligo ex art. 40 cpv. Cp.».

<sup>126</sup> A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo*, cit., 193 s. Raggiunge una conclusione assimilabile, seppur mediante argomentazioni differenti e dogmaticamente meno esplicite, anche da F. Mucciarelli, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Diritto&Questioni pubbliche* 2010, 203: «Si ipotizzi dunque che la struttura dell'obbligo giuridico sia tale da porre in capo a una pluralità di soggetti il dovere di attivarsi, eventualmente anche secondo modalità comportamentali diverse (diversità irrilevante rispetto al problema prospettato). Da un lato si immagini che la norma-precetto comandi a ciascuno degli omissivi di porre in essere il medesimo comportamento (sicché ognuno avrebbe dovuto realizzare il medesimo Av). Dall'altro si pensi a una norma-comando che prescriva a ciascun omissivo di realizzare un tratto del comportamento costitutivo dell'Av (sicché l'Av risulta dal combinarsi di distinti sotto-Av, singolarmente dovuti da ciascun omissivo). È facile avvedersi che, sul piano pre-categoriale, si è in presenza di un unico antecedente virtuale (o perché è la concretizzazione in capo a diversi soggetti dello stesso comando, o perché alla sua concretizzazione debbono concorrere "pro-quota" differenti soggetti, ciascuno dei quali è tuttavia tenuto a porre in essere la frazione di Av che gli compete). In una situazione siffatta, come ognuno vede, l'antecedente virtuale soddisfa l'essenziale condizione di essere da solo sufficiente ad impedire l'evento, ciò che trova su piano categoriale piena corrispondenza nel dettato dell'art. 110 c.p., con la conseguenza che la responsabilità penale per il mancato impedimento dell'evento E potrà essere affermata ex art. 40 cpv c.p. con riguardo a tutti gli omissivi».

<sup>127</sup> Lo osservava a suo tempo già C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *RIDPP* 1988, 138.

precipue attribuzioni. Ciò risulta ben evidente prendendo in considerazione la stessa attività sanitaria: i moderni percorsi di cura, infatti, necessitano spesso dell'apporto sincronico e diacronico di professionisti diversi, dotati di posizioni e competenze anche molto differenti l'una dall'altra<sup>128</sup>. Per giunta, nell'esplicazione della loro attività, i sanitari si avvalgono di una consistente quantità di dispositivi hi-tech (c.d. «setting sociotecnico»), dipendenti per il loro corretto funzionamento da un'ulteriore rete di soggetti differenti e anche esterni al nosocomio (si pone perciò anche qui il problema della responsabilità da prodotto)<sup>129</sup>. È evidente, dunque, che il successo del trattamento terapeutico dipenda da una molteplicità di fattori – personali, strumentali, strutturali – che trascendono il singolo sanitario, e che non possono neppure essere interamente controllati da un unico soggetto. Pretendere di risolvere il problema della responsabilità con i soli strumenti propri di quella monosoggettiva, perciò, finirebbe frequentemente per trasformare il singolo professionista in nient'altro che un capro espiatorio<sup>130</sup>.

Sintetizzando, tale lettura combina le clausole generali di incriminazione suppletiva offerte dal nostro diritto penale<sup>131</sup>, per ottenere un risultato applicativo coerente anche con le caratteristiche e le problematiche che gli enti organizzativi pongono al diritto.

---

<sup>128</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>129</sup> A riguardo sia consentito il rimando a N. Amore – E. Rossero, *Robotica e intelligenza artificiale*, cit., 129 ss., e i molteplici riferimenti ivi indicati.

<sup>130</sup> Ciò è vero per molti contesti organizzativi complessi (da ultimo M. Catino, *Trovare il colpevole: la costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022), ed è vero in particolare per il settore medico: risulta ormai acclarato, infatti, che l'incidenza dell'errore sulla salute del paziente è significativa e ricorrente (si rinvia per es. WHO – OECD – WB, *Delivering quality health services A global imperative for universal health coverage*, Geneva 2018), ma trova causa prevalentemente in fattori al di fuori del controllo del singolo operatore finale (v. *To Err is Human: Building a Safer Health System*, Washington DC 2000). Nondimeno, come rilevato anche da F. Consulich, *Il concorso*, cit., 140 s., nel campo della responsabilità medica «la giurisprudenza, diversamente da quanto opina la dottrina più garantista» – e, verrebbe da aggiungere, anche da quanto dimostrato dagli studi empirici condotti in proposito – «ritiene che i deficit sistemici non escludano la responsabilità del sanitario, che invece continua a essere responsabilizzato in quanto avrebbe dovuto dar fronte alla carenza della struttura» (in proposito si rinvia inoltre a M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 6 ss.).

<sup>131</sup> Sulla cui legittimità costituzionale hanno però dubitato in tanti, specie alla luce della loro corrente interpretazione (in merito all'art. 40, co. 2 Cp. v. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., 408; L. Riscato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali*, Milano 2001, 59 ss.; C.E. Paliero, *Le posizioni di garanzia*, in *Riscrivere il Codice penale. I fondamenti*, a cura dell'Unione delle Camere Penali Italiane, Pisa 2014, 66 s.; C. Iagnemma, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *Criminalia* 2020, 312 ss.; invece, con riguardo alla disciplina del concorso di persone, si rinvia per tutti a G. Insolera, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano 1986, L. Riscato, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco – E. Venafro, Torino 2003, 89; G. Vassalli, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, 305 ss.).

A differenza delle letture *praeter legem* proposte dalla giurisprudenza, lo fa attraverso un percorso argomentativamente controllabile, che presuppone l'articolata e puntuale individuazione delle diverse posizioni e dei differenti doveri, la cui sinergia e funzionalità rispetto al complessivo evitamento dell'esito infausto deve essere dimostrata sulla base delle concrete circostanze in cui l'accadimento si è verificato.

Questo, tuttavia, ci conduce diretti al secondo aspetto problematico, ossia la determinazione del criterio di rilevanza dei contributi atipici che avrebbero dovuto essere compiuti. Una volta messa da parte la concettualità causale<sup>132</sup> (e pure quella della causalità agevolatrice)<sup>133</sup>, inconferente ove si tratti di «relazioni tra condotte umane», si deve infatti stabilire quando un contegno, atipico ai sensi della fattispecie monosoggettiva, possa risultare rilevante ai sensi di quella plurisoggettiva. A tale proposito, anche in coerenza con la complessità strutturale e funzionale delle entità in cui l'illecito si ambienta, autorevole dottrina ha proposto di valorizzare proprio il momento organizzativo dell'illecito plurisoggettivo. In buona sostanza, si dovrebbe verificare se il partecipe abbia effettivamente contribuito alla «organizzazione del reato», e dunque se abbia concretamente dato un apporto al gruppo che lo ha commesso. In tal senso, più che il rilievo causale della condotta, si dovrebbe invece guardare al suo concreto effetto sul complesso organizzativo a cui è imputabile l'illecito<sup>134</sup>. Cosa ciò significhi da un punto di vista operativo<sup>135</sup>, è stato specificato da altra dottrina, che ha proposto d'impiegare il criterio della «strumentalità». In tal senso, comparteciperebbe alla commissione di un reato, soltanto chi abbia funzionalmente contribuito alla sua realizzazione, alla luce della concreta dinamica che l'illecito ha assunto. In pratica, si deve effettuare una prognosi postuma che tenga in debita considerazione tutte le circostanze del caso concreto, valutando in particolare la «scelta» di «utilizzare» il contributo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informazioni, aiuti di vario tipo) di altri soggetti, finalizzandolo alla commissione del fatto delittuoso [...] ragionando in questa prospettiva, ogni qual volta

---

<sup>132</sup> V. *supra*, par. 3.2.

<sup>133</sup> Che ai problemi dell'improprio impiego del criterio causale in questo ambito, somma quelli suoi propri derivanti dall'improprio accostamento di concetti sostanzialmente antitetici: difatti «la causalità non causante è una non causalità» (cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 564; v. inoltre N. Amore, *L'interpretazione*, cit., 35 ss.).

<sup>134</sup> G. Insolera, *Problemi di struttura*, cit.

<sup>135</sup> Invero, l'autore aveva fatto riferimento a un criterio di adeguatezza causale in concreto del singolo contributo. Com'è già stato osservato, infatti, la focalizzazione sulla «nota strutturale dell'organizzazione nella divisione dei compiti [...] pare attestarsi su un livello meramente «descrittivo» del fenomeno interazionale: non spiega la *ratio*, il motivo per cui chi è parte dell'organizzazione debba rispondere dell'intero reato» (cfr. L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., 161).

possa affermarsi che l'apporto fornito non sia restato senza seguito, il concorso dovrebbe essere comunque riconosciuto [...] anche se poi gli sviluppi ulteriori possano comportare modifiche dell'apporto precedente (od anche coevo), purché queste risultino tuttora funzionalmente connesse alla condotta *de qua agitur*».

In definitiva, attraverso l'attenta saldatura delle articolate ricostruzioni teorico-dottrinali in materia di teoria delle forme di manifestazione del reato e di contributo *atipico* nella fattispecie plurisoggettiva, si possono ricavare strumenti giuridici utili a responsabilizzare il diagnosta non curante per la morte o per le lesioni occorse al paziente. Tale responsabilizzazione dovrà passare attraverso un attento vaglio della rilevanza «strumentale» del contributo omissivo, in rapporto alle concrete dinamiche che la complessiva «filiera impeditiva» avrebbe assunto, da ricostruire alla luce di tutte le circostanze di luogo e di tempo in cui si è verificato l'evento. Pertanto, non ci si potrà sbrigativamente limitare a dedurre l'astratta *importanza* del momento diagnostico, e le *probabilità di successo* terapeutico assicurate dalla somministrazione del presidio prescritto per la patologia che doveva essere individuata. Si dovrà, invece, passare attentamente in rassegna le piante organiche dei nosocomi implicati, individuare (anche sulla base dei turni effettivamente compiuti, e delle disponibilità concretamente manifestate) coloro che sarebbero stati responsabili degli adempimenti successivi alla valutazione diagnostica, sino ad arrivare alla delimitazione del personale responsabile dell'effettuazione dell'atto terapeutico impeditivo prescritto dalle regole dell'arte<sup>136</sup>. Dopodiché, rispetto a questo complessivo ordito impeditivo, formato dal concorso di più contributi plurisoggettivi ognuno strumentale all'altro e tutti coordinati verso il risultato di cura perseguito dal paziente, se ne dovrà verificare l'efficienza causale, in termini di capacità in concreto di evitare il decorso. Tale capacità dovrà essere saggiata secondo gli schemi della causalità logica, quindi si dovranno anzitutto individuare le probabilità di successo del modello di percorso di cura adeguato alla patologia del determinato paziente, sulla base delle leggi scientifiche disponibili; dopodiché, si dovrà verificare la sua concreta efficacia impeditiva in relazione allo specifico fatto che si è verificato, prendendo in considerazione dunque tutte le circostanze di tempo e di luogo in cui l'evento *hic et nunc* si è verificato (quindi l'effettivo nosocomio; l'effettivo personale ospedaliero;

---

<sup>136</sup> Se poi, come spesso capita, ce ne sono di alternativi, si dovrà determinare quale sarebbe stato quello corretto, quali probabilità di successo avrebbe avuto con il determinato paziente, verificando se possibile anche il tasso di utilizzo di quel trattamento in casi simili nel determinato reparto dello specifico nosocomio, con le relative percentuali di successo (possibilmente in rapporto alla équipe che si stima sarebbe intervenuta).

l'effettivo tasso di successo di quel determinato percorso di cura, se già praticato; la presenza in concreto di possibili spiegazioni alternative dell'evento o comunque di fattori che avrebbero impedito di somministrare la cura al paziente, come ad esempio l'infortunio del chirurgo di turno e l'incidente automobilistico di quello reperibile, che in ipotesi avrebbero reso indisponibile la terapia nella cornice di tempo necessaria per evitare con ragionevole certezza l'esito infausto).

Il complesso percorso ricostruttivo che si è tratteggiato consente indubbiamente di rinsaldare il libero convincimento del giudice, organizzandolo su schemi motivazionali normativamente e dogmaticamente fondati, nonché criticamente controllabili dalle parti processuali.

4.2. Quello che si è appena concluso costituisce, ci pare, il massimo sforzo interpretativo effettuabile, nel tentativo di intercettare le dinamiche plurisoggettive complesse che stanno alla base della gran parte degli illeciti che si verificano in ambito sanitario. Com'è già stato messo da tempo in luce, infatti, qui gli errori sono spesso il frutto di criticità organizzative, piuttosto che il prodotto di negligenze imputabili al singolo<sup>137</sup>. Il nostro diritto penale è spesso incapace di dare adeguatamente risalto a questo dato, anche alla luce dell'ambito di applicazione soggettivo che si è scelto di dare alla responsabilità amministrativa da reato degli enti<sup>138</sup>. Ricondurre il contributo individuale nel suo effettivo quadro di rilevanza, allora, assicura il rispetto del principio di personalità e di proporzionalità della responsabilità penale; al contempo, l'utilizzo di strumenti ermeneutici normativamente e dogmaticamente fondati, articolati attraverso percorsi argomentativi criticamente controllabili, implementa la conformità dei risultati applicativi rispetto ai principi di garanzia che improntano la giustizia penale liberale e a vocazione accusatoria.

Certamente, l'orientamento che si è proposto per colmare le problematiche riscontrate nella prassi è in certa misura recente, ed esprime pure posizioni originali sotto una congerie di punti di vista: dalla possibilità di ripartire la posizione di garanzia

---

<sup>137</sup> V. *supra*, par. 4.1.

<sup>138</sup> Gli ospedali pubblici sono ritenuti enti pubblici non economici, perciò fuoriescono dal novero degli enti a cui la disciplina è applicabile (cfr. art. 1, d.lgs. 8.6.2001 n. 231; v. *infra*, par 6). Sul d.lgs. n. 231/2001 la letteratura è ormai sconfinata, v. da ultimo G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, Torino 2023; G.A. Orsina, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino 2024; si veda inoltre G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018.



tra più soggetti, sino all'impiego del criterio di strumentalità per selezionare i contributi atipici penalmente rilevanti<sup>139</sup>. In ogni caso, è un tentativo che non antepone il problema applicativo, e l'urgenza di risolverlo, al rigore dell'interpretazione e dell'assetto teorico, e garantistico, a essa funzionale. Al contrario, si dà coerentemente conto dei profili tecnico-dogmatici necessari per la risoluzione del rebus imputativo, proponendo, per ciascuno di essi, soluzioni ricostruttive ampiamente elaborate e, talora, dotate pure di un buon seguito tra gli addetti ai lavori<sup>140</sup>.

Nondimeno, il rigore della ricostruzione teorica non sempre assicura la consistenza di tutte le sue possibili (e in certo qual modo "imprevedibili") applicazioni pratiche. A ben vedere, infatti, tra le molte ipotesi di concorso omissivo frazionato che si possono ipotizzare e sperimentare<sup>141</sup>, la mancata diagnosi del medico non curante esibisce una peculiarità che è davvero degna di nota. In breve, urge ribadirlo, essa consiste nella sua capacità di pregiudicare – *ab initio* e *tout court* – ogni possibilità di presa in carico del paziente da parte dei successivi garanti, il cui intervento risulterebbe invece imprescindibile per impedire l'evento. In effetti, senza la rilevazione della patologia, rimane del tutto teorica la successiva possibilità di determinare e somministrare il presidio terapeutico, di effettuare il *follow up* e, in taluni casi, persino l'identificazione dei soggetti incaricati di tenere quelle condotte. In tal modo, il contenuto e la qualità del contegno che gli altri professionisti avrebbero tenuto, le effettive interrelazioni che si sarebbero potute instaurare con i colleghi che avrebbero dovuto cooperare con loro, o, addirittura, la stessa identità di tali professionisti, resteranno quasi sempre relegate nel regno delle congetture.

Tali peculiarità si ripercuotono a cascata:

- i. sulla tenuta dell'accertamento dei contegni, imputabili ad altri potenziali concorrenti, che andranno a comporre l'ordito cooperativo penalmente rilevante; nonché
- ii. sulla verifica della loro effettiva capacità impeditiva.

---

<sup>139</sup> Le criticità teoriche sono state esplorate e approfondite, sia nel testo che nelle note a margine, *supra*, par. 4.1.

<sup>140</sup> È soprattutto il caso della «strumentalità», su cui v. anche S. Canestrari – L. Cornacchia – G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2017, 687 ss.

<sup>141</sup> Nel lavoro di A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo*, cit., il numero di casi studio presi in considerazione è ampio, e comprende (solo per citarne alcuni) la sicurezza del lavoro (212 ss.), i reati ambientali (217 ss.), il rilievo dei membri dell'ODV in ambito societario (223 ss.) e persino delle funzioni di protezione civile (234 ss.). Peraltro, viene menzionato anche il settore medico (219 ss.), specificamente in relazione ai problemi che la cooperazione multidisciplinare pone.

Procedendo con ordine, poiché l'errore, il ritardo o la non effettuazione dell'atto diagnostico pregiudicano la prosecuzione del percorso terapeutico, si fa assai arduo l'accertamento della strumentalità delle condotte poste in essere. Difatti, non è possibile verificare la concreta «messa a frutto», da parte di altri, della negligenza diagnostica, nell'ambito dell'intera catena cooperativa che avrebbe congiuntamente consentito di evitare il decorso che ha pregiudicato il malato.

Nello specifico, a seguito della diagnosi incompiuta, le condotte successive possono essere oggetto di una mera supposizione, che a sua volta sarà dotata di un tasso di ipoteticità crescente a seconda della tipologia di mancanza che il diagnosta abbia realizzato.

A ben vedere, e forse sorprendentemente, la misura di tale ipoteticità verrà a dipendere dall'esistenza di effettivi *aliud agere*<sup>142</sup> da parte dei concorrenti omissivi<sup>143</sup>. In effetti, è grazie all'effettuazione di tali comportamenti *divergenti*, occasionati dalla mancanza del diagnosta, che è possibile verificare la concreta messa in opera – nel senso della teoria della «strumentalità» – della negligente individuazione della patologia, da parte di tutti i successivi professionisti incaricati di risolverla. In tal senso, l'ipotesi meno problematica con cui ci si potrà confrontare<sup>144</sup>, è quella in cui il diagnosta intervenga quale consulente in un percorso già avviato, e il suo errore abbia portato il medico e gli altri professionisti coinvolti nella scelta e nella somministrazione della terapia a *orientarsi verso*, e successivamente a *praticare un*, presidio terapeutico inefficace. Invero, grazie alla corrispondenza tra gli agenti coinvolti e quelli che avrebbero effettivamente dovuto essere coinvolti, nonché all'esplicazione di contegni concreti nella realtà esterna da parte di tutti i cooperanti,

---

<sup>142</sup> Il concetto richiama la nota e risalente teoria dell'*aliud facere* o *aliud agere*, che mirava a ricostruire in termini fisico-naturalistici anche la condotta omissiva: difatti, i sostenitori di tale posizione ricostruttiva ritenevano che la condotta omissiva, lungi dall'esaurirsi in un semplice fatto negativo, darebbe invece vita a un vero e proprio fatto positivo, consistente nella «altra cosa» che l'omittente ha fatto, rispetto a quanto *comandato* dalla norma: «questa azione positiva assorbe in sé la omissione, la penetra tutta, l'adeguа. Onde l'omissione non è che un *aliud facere*, un'azione. Così essa ha un valore fisico, si esteriorizza, diventa realtà esterna, e realtà fisicamente causale: così l'evento si riallaccia ad una esteriore attività mediatrice» (cfr. E. Massari, *Il momento esecutivo del reato*, cit., 57, la quale invero in seguito aggiunge anche che l'azione rilevante è quella «inversa» rispetto alla condotta prescritta; v. inoltre *supra*, par. 3.1).

<sup>143</sup> Si badi che non si vuol certo suggerire di rispolverare la risalente teoria; soltanto, ci si avvale dell'icastica terminologia per richiamare l'attenzione su un dato fattuale che può esser d'ausilio nella ricostruzione di nessi funzionali (non meramente congetturali, bensì) effettivi tra i contegni degli omissivi. In questa prospettiva, dunque, il comportamento alternativo rappresenta un prezioso addentellato per la concretizzazione del giudizio di congruenza strumentale che, altrimenti, rimarrebbe puramente cartolare, o comunque normativo (in pratica una semplice strumentalità tra obblighi giuridici impositivi e accessori).

<sup>144</sup> Tra le varie distinte *supra*, par. 3.

diventa possibile ricostruire, *oltre ogni ragionevole dubbio*, la strumentalità della colposa mancanza diagnostica rispetto alle successive omissioni compiute dai professionisti dotati delle capacità di cura (che in questo caso sono, innanzitutto, identificabili, ed hanno almeno avuto modo di prendere concretamente in carico il paziente).

Come si vede, quindi, la presenza di puntuali *aliud agere* da parte di cooperanti ausiliari e garanti, consente di verificare l'esistenza dei nessi richiesti per il perfezionamento della fattispecie plurisoggettiva eventuale, nel rispetto dei rigorosi standard imposti dal diritto processuale.

Al di fuori di questa ipotesi, tuttavia, il tasso d'ipoteticità della cooperazione omissiva cresce considerevolmente, sino a diventare pressoché ingovernabile. Per esemplificare, si immagini il caso di un malato che si presenti con sintomi da un medico (che si rivelerà) privo delle capacità di cura della patologia (ad es. un medico di medicina generale rispetto a un leiomiosarcoma che interessa la vena cava), e gli richieda una valutazione del suo quadro clinico; dopo una prima anamnesi, il medico manca la diagnosi e rimanda a casa il paziente, rassicurandolo e dandogli un calmante. Tale omissione, dunque, dà luogo a un arresto completo del percorso terapeutico, pertanto tutto quello che avrebbe dovuto seguire – in termini di professionalità coinvolte e di attività da disimpegnare (la presa in carico in un ospedale in grado di trattare un leiomiosarcoma, la valutazione da parte dell'oncologo, quella successiva pre-operatoria da parte del chirurgo vascolare e di quello generale, la valutazione anestesiológica, etc.) – diventa integralmente il frutto di una congettura, per quanto assennata. In pratica, non si potrà far altro che selezionare le regole d'arte che sarebbero state appropriate a trattare la malattia che affligge il paziente, e ipotizzarne le modalità di messa in opera sulla base dell'effettiva pianta organica e della dinamica operativa del determinato nosocomio che avrebbe dovuto trattarla. Insomma, è facile osservare come quel di cui soltanto si dispone, in simili evenienze, sia un'ipotesi esplicativa della dinamica plurisoggettiva puramente astratta, che prescinde persino dal dato minimo della presa in carico del paziente da parte dei professionisti co-obbligati<sup>145</sup>.

A fianco delle difficoltà che si sono riscontrate nella verifica dei nessi tra le condotte che dovrebbero comporre l'ordito impeditivo, si pone poi la questione della valutazione «oltre ogni ragionevole dubbio» della sua effettiva capacità di scongiurare

---

<sup>145</sup> Un dato che crea anche complicazioni pratiche in fase di accertamento, v. *infra*.

l'accadimento pregiudizievole. In poche parole, dunque, oltre al problema di tenuta «interna» di tale ordito, si deve risolvere anche quello, per così dire, «esterno», relativo all'accertamento della sua efficacia impeditiva rispetto all'evento.

Ancora una volta, in ragione della natura meramente congetturale della *filiere* dei contributi che avrebbero potuto concorrere a evitare il decorso, la verifica della causalità dipenderà:

- i. da un giudizio puramente statistico; per giunta,
- ii. che non sarà integralmente suffragabile sulla base di leggi compiutamente eziologico-scientifiche, visto che si è pure in presenza di interrelazioni umane non decrittabili in una logica causale; e
- iii. che in ogni caso non potrà essere concretizzato nei termini richiesti dallo schema bifasico della c.d. «causalità logica»<sup>146</sup>, o almeno non del tutto, e sicuramente non con modalità compatibili con la «ragionevolezza» processuale richiesta alla ipotesi esplicativa.

Riprendendo l'esempio che si è fatto<sup>147</sup>, a seguito della mancata diagnosi del medico «di base», si dovrebbero ricostruire le professionalità necessarie a trattare la patologia, e i rimedi a disposizione per impedire gli esiti infausti che essa è in grado di produrre. Dopodiché, quello che si potrà fare per dare un minimo di concretezza alla valutazione, è individuare i professionisti «in carne e ossa» sulla base di un raffronto con la pianta organica del nosocomio in cui si ritiene che la persona offesa si sarebbe recata; si dovrà verificare, poi, come si sarebbero comportati. Più in particolare, selezionata la struttura sanitaria, sarà necessario prendere in considerazione i reparti competenti sulla patologia (in questo caso, Oncologia, Chirurgia Vascolare e Chirurgia Generale), e determinare al loro interno quali sarebbero stati i professionisti incaricati di seguire la paziente (ciò sulla base non soltanto delle attribuzioni dei singoli, ma anche in relazione alla loro turnazione, che richiederebbe però a sua volta di stimare almeno il giorno della presa in carico). Dopodiché, si dovranno ipotizzare le scelte terapeutiche che sarebbero state selezionate per quel paziente, tra tutte quelle eventualmente a disposizione; ancora, sulla base anche delle modalità e dei tempi di somministrazione di quelle scelte terapeutiche, se ne dovrà stimare il tasso di riuscita, facendo per esempio riferimento ai dati di interventi assimilabili, laddove presenti.

---

<sup>146</sup> V. *supra*, par. 3.1.

<sup>147</sup> V. *supra*, par. 4.2.

Resta davvero difficile da capire come tutto questo complicatissimo – e probabilmente pure ingarbugliato – procedimento di accertamento possa essere praticato nel processo, per giunta in modo tale da fugare ogni «ragionevole dubbio». Fosse anche solo per tutte le scelte e i comportamenti umani che si devono ipotizzare, con tanto di interrelazioni reciproche da congetturare, comprensive dei relativi “tassi di riuscita” che non si comprende come si potrebbero convincentemente ricavare.

In proposito, talora la Cassazione ha mostrato di avere consapevolezza dei problemi ricostruttivi enunciati e, seppur nell’ottica di corroborare la sua interpretazione monosoggettiva della responsabilità del diagnosta, ha delineato una soluzione. Si è stabilito, infatti, che nei casi in cui l’impedimento dipenda dal contegno di più agenti, «l’ascrizione normativa dell’evento colposo, in quanto concretamente evitabile, non poggerà sulla prospettazione ipotetica di decorsi causali governati da leggi scientifiche (nessuna legge scientifica potendo spiegare come si sarebbero comportati altri soggetti, chiamati ad interagire nel caso concreto), bensì assumendo che il soggetto che sarebbe stato attivato dal comportamento alternativo lecito avrebbe agito correttamente. Tale valutazione dovrà quindi essere condotta secondo parametri standardizzati (e quindi evocando più l’agente “modello”, che l’agente “in carne ed ossa” destinato in ipotesi controfattuale a fornire il proprio apporto), con la conseguente sostanziale irrilevanza del possibile dubbio (in questa sede infondatamente prospettato) circa l’inutilità o addirittura la dannosità in concreto del (negligente) apporto altrui»<sup>148</sup>.

La pronuncia, dunque, riconosce commendevolmente (e sorprendentemente) la non causabilità dei comportamenti umani<sup>149</sup>, dopodiché, però, realizza una «disparità di trattamento tra profili strettamente naturalistici e profili umani nell’ambito dell’accertamento della causalità di una condotta omissiva. I profili naturalistici dovrebbero rilevare esattamente per ciò che la scienza ci indica, considerando, quindi [anche] che i fatti non vadano secondo le migliori aspettative [...] Rispetto ai profili umani (cioè ai profili comportamentali di soggetti chiamati a “far andar bene le cose”), invece, viene sostanzialmente affermata una presunzione “ottimistica” - tutto sarebbe stato fatto al meglio!»<sup>150</sup>. L’esito è una vistosa correzione normativa della cooperazione colposa omissiva, realizzata per giunta con l’introduzione di una *praesumptio in*

<sup>148</sup> Cfr. Cass. 17.7.2015 n. 31244, cit.

<sup>149</sup> Dato da cui però non sembra aver tratto le dovute conseguenze, a partire dalla necessità di ricostruire la responsabilità in termini plurisoggettivi.

<sup>150</sup> Cfr. M.L. Mattheudakis, *Causalità omissiva*, cit., 786

*malam partem*, costruita prendendo a prestito referenti funzionali al diverso giudizio di colpa (il c.d. «modello d'agente», inteso qui palesemente come agente *modello*). Una presunzione che ha pure i non invidiabili pregi di tradire i criteri di accertamento sostanziali (causalità logica) e processuali (la più volte richiamata *BARD rule*) dettati per la verifica (anzitutto) della causalità.

In pratica, avvertendo le difficoltà di tenuta sia interne (accertamento dei nessi tra le omissioni rilevanti) che esterne (verifica della causalità) dell'ordito impeditivo, la Cassazione cerca di ridurre la propagazione dell'incertezza dovuta all'indeterminatezza anche statistica dell'esito dei singoli comportamenti umani, che deve essere rapportata, altresì, ai coefficienti propri di ciascuno dei singoli accertamenti e trattamenti clinici necessari alla cura. Si hanno così probabilità che si aggiungono ad altre probabilità di altre probabilità, in un groviglio del tutto inestricabile.

Nondimeno, nel farlo, la Suprema Corte si serve di una presunzione *praeter legem*, francamente irragionevole e contraria al principio di personalità della responsabilità, oltretutto al diritto di difesa. Sotto il primo punto di vista, l'irragionevolezza è palese anzitutto in termini di disparità di trattamento tra fattori naturalistici che concorrono a determinare le effettive possibilità impeditive<sup>151</sup>; inoltre, essa emerge anche in rapporto all'*id quod plerumeque accidit*, che non è affatto tale da sostenere una presunzione di buon esito della cooperazione clinica, come i report e gli studi in materia di errore clinico dimostrano<sup>152</sup>. Oltre che irragionevole, la presunzione viola il principio di personalità della responsabilità penale, perché permette al giudice di costruire un addebito monosoggettivo sulla base di comportamenti altrui, per giunta

---

<sup>151</sup> V. *supra*, par. 4.2.

<sup>152</sup> Ad esempio, nel lavoro Aa.Vv., *Medical Error: What Do We Know? What Do We Do?*, a cura di M.M. Rosenthal – K.M. Sutcliffe, Hoboken 2002, si mette in luce come più dell'80% degli errori medici possano essere attribuiti proprio a errori nella cooperazione (e specificamente alla non comunicazione o alla cattiva comunicazione); in merito alla frequenza degli errori nei diversi contesti clinici v. M.C. Balas – L.D. Scott – A.E. Rogers, *Frequency and type of errors and near errors reported by critical care nurses*, in *Can J Nurs Res*, 2, 2006, 24 ss; M. Jenicek, *Medical Error and Harm Understanding, Prevention, and Control*, Boca Raton 2010; J. Sanders – A. Esmail, *The frequency and nature of medical error in primary care: understanding the diversity across studies*, in *Fam Pract.*, 2003, 231 ss.; G.D. Schiff&Al., *Diagnostic error in medicine: analysis of 583 physician-reported errors*, in *Arch. Intern. Med.*, 2009, 1881 ss.; v. inoltre *supra*, par. 4.1. Invece, sulla necessità che le presunzioni relative si fondino quantomeno su «dati di esperienza generalizzati», v. C. cost.25.3.2013, in *giurcost.org*; più di recente, v. per es. C. Cost. 4.12.2019, n. 253, in *giurcost.org*. Come si vede, ancora una volta (v. *supra*, par. 3.2.) lasciare al singolo giudice la (sostanzialmente libera) definizione di cosa «l'esperienza» dice, genera esiti applicativi piuttosto divergenti da quello che invece si apprende dalle indagini empiriche di tipo scientifico, compiute dunque con tutt'altro rigore metodologico.

frutto di mere supposizioni<sup>153</sup>. Infine, non sembrando ammettere neppure prova contraria, tale impostazione lede il diritto di difesa dell'imputato<sup>154</sup>.

V'è peraltro un ulteriore elemento, forse il più significativo, che il meccanismo presuntivo escogitato dalla Cassazione dimentica di mettere in conto.

5. *Last but not least, the wild card*: il consenso del paziente, invitato di pietra di tutto questo studio, sinora volutamente lasciato ai margini dell'approfondimento.

Del resto, è pure il grande assente delle ricostruzioni della giurisprudenza (non soltanto nostrana), così come della gran parte delle speculazioni intorno alla responsabilità del diagnosta. Il dato non sorprende, perché in questo contesto il contributo volontaristico del paziente è destinato a minare alle fondamenta qualsiasi tentativo di inquadramento giuridico: difatti, senza l'assenso alla effettuazione del trattamento, la cura non può essere somministrata, e dunque l'evento non può essere impedito. Ce lo ricorda oggi pure l'art. 1 della l. 22.12.2017 n. 219, secondo cui il consenso informato deve sempre essere acquisito e documentato in cartella clinica, e il paziente ha in ogni caso il diritto di rifiutare «qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento» (cfr. art. 1, co. 5, l. n. 219/2017)<sup>155</sup>.

Insomma, il consenso informato rappresenta una vera e propria *condicio sine qua non* per l'innescò della posizione di garanzia del medico, e del suo correlativo dovere d'intervento. Conseguentemente, per affermare la responsabilità dell'autore di una

---

<sup>153</sup> Sul principio di personalità si rinvia anche ai riferimenti indicati *supra*, par. 3.2., nt. 83.

<sup>154</sup> V. C. cost., 2005 n. 144, in *giurcost.org*, relativa a sanzioni amministrative.

<sup>155</sup> Le eccezioni a questo principio sono ben note, ma attengono a situazioni del tutto inconfidenti con quelle approfondite in questo saggio: un esempio sono i trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, co.2, Cost.) e le «situazioni di emergenza o di urgenza», ove «il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle» (v. art. 1, co. 7, l. n. 219/2017). Per un approfondimento sul tema del consenso informato si rinvia a V. Calderai, voce *Consenso informato*, in *ED*, 2015, 225 ss.; A. Gargani, *Jus imperfectum? La tutela dell'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *RIML* 2014, 505 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP* 2001, 377 ss.; F. Mantovani, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia* 2009, 335 ss.; C. Quagliariello – C. Fin, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna 2016; A. Vallini, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *RIML* 2014; A. Vallini, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pub.*, 2003, 210 ss.

mancanza che, impedendo la, o una corretta, diagnosi, pregiudichi finanche la possibilità di accedere al momento della scelta condivisa del trattamento, sarebbe necessario altresì congetturare la prestazione di un ipotetico assenso a tale trattamento da parte di quello specifico paziente. Una congettura, naturalmente, che deve essere a prova di «ragionevole dubbio». In caso contrario, non vi sono alternative: per quanto evidente possa essere la rilevanza della diagnosi mancata ai fini dell'evitamento, fosse pure mediante cooperazione, dell'esito infausto – e qualsiasi siano le probabilità di riuscita delle cura nello specifico nosocomio, e al netto di tutte le possibili interazioni umane “concrete” – se non si dimostra che il paziente aveva già assentito alla somministrazione della cura, o che avrebbe oltre ogni ragionevole dubbio assentito, quell'evento non avrebbe comunque potuto, né ancor prima dovuto, essere impedito a ciò ostando un ostacolo innanzitutto *giuridico*, e dunque il medico dovrebbe esser assolto.

Orbene, laddove il malato non sia sopravvissuto o non sia più in grado di esprimersi<sup>156</sup>, la prova del consenso ipotetico del malato risulta davvero ostica, anche per la mancanza di un quadro normativo e prasseologico chiaro in merito alla sua effettuazione.

In linea generale, infatti, il nostro ordinamento non riconosce il principio del «best interest» in senso obiettivo<sup>157</sup>, ma soltanto quello soggettivo, declinato in base alla

---

<sup>156</sup> Qualora il malato sia sopravvissuto, e sia capace di partecipare al procedimento, si potrà invece procedere al suo esame. A tal proposito, si rammenta che Cass., S.U., 19.7.2012 n. 41461, in *italgiure.giustizia.it*, le dichiarazioni della persona offesa possono essere di per sé sufficienti per l'affermazione della responsabilità dell'imputato, a condizione che sia stata verificata, e adeguatamente motivata, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità intrinseca del suo racconto; verifica che in tal caso deve essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella a cui vengono sottoposte le dichiarazioni del testimone (più di recente v. anche Cass. 7.7.2017 n. 33280, in *italgiure.giustizia.it*).

<sup>157</sup> Come invece fa, ancora una volta, per esempio il Regno Unito. La valutazione oggettiva delle possibilità terapeutiche del paziente e del suo stato di salute ha consentito alla House of Lords di interrompere in diversi casi i trattamenti sanitari (v. per es. Airedale NHS trust v. Bland, in *All. Engl. Law. Rep.* 1993, 821 ss., o volendo in *biodiritto.org*, relativa a un paziente in stato vegetativo a cui sono stati interrotti i trattamenti di supporto vitale, poiché la sua condizione è stata considerata «no more than a living death»), anche per soggetti minorenni e contro la volontà dei suoi tutori (v. per es. Charlie Gard case, approvato senza successo alla C.eur., 27 giugno 2017, Charlie Gard e a. c. Uk, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); o, ancor più recentemente, UK - Nottingham University Hospitals v Gregory, disponibile pure su *biodiritto.org*). In proposito v. Aa.Vv., *Questioni di fine vita. Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 1-bis, 2019; G. Birchley, *The theorisation of «best interests» in bioethical accounts of decision-making*, *BMC Med Ethics.* 22, 2021; S. Cacace, *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *RIML* 2018, 53 ss.; L. Ciccozzi, *Profili di responsabilità penale nella cura del paziente incapace secondo la giurisprudenza anglosassone*, in *DisCrimen* 8.2.2021; J. Coggon, *Mental Capacity Law, Autonomy, and best Interests: An Argument for Conceptual and Practical Clarity in the Court of Protection*, in *Med. Law Rev.* 2016, 396 ss.; R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and*



particolare considerazione che il paziente abbia del proprio stato di salute. Pertanto, qualora egli sia impossibilitato a manifestare la propria autodeterminazione terapeutica, essa andrà ricostruita attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento (art. 4 l. n. 219/2017), o in alternativa guardando al contenuto della pianificazione condivisa delle cure (art. 5 l. n. 219/2017), eventualmente con l'ausilio del fiduciario (se è stato nominato)<sup>158</sup>.

In mancanza di entrambe, si potrebbe tutt'al più (il condizionale è d'obbligo) immaginare di ricostruire la sua volontà attraverso un articolato giudizio sostitutivo, secondo le modalità precisate dalla storica sentenza resa dalla Corte di Cassazione sul caso «Englaro»<sup>159</sup>.

Ammettendo questa eventualità, ai nostri fini si potrebbe perciò dichiarare la responsabilità del medico solo dopo aver ricostruito – oltre a tutta la complessa filiera impeditiva – persino il consenso al trattamento da parte del paziente incapace o

---

*Individual Freedom*, New York 1993, trad. it. R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano 1994.

<sup>158</sup> In proposito si si rinvia per es. a S. Canestrari, *Il consenso informato e il rifiuto informato delle cure come «baluardi» di intangibilità corporea. Riflessioni a margine della l. 219/2017*, in *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo D'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, a cura di E. Rigo, 2023, 137 ss.; Id., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *LP* 19.12.2018; V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.* 2017, 637 e ss.; P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Resp. med. dir. prat. clin.* 2018, 250 ss.; di recente, L. Eusebi, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, a cura di A. Oliva – M. Caputo, Torino 2021, 418 ss.

<sup>159</sup> Cfr. Cass. civ. 16.10.2007, n. 21748, in *federalismi.it*, con nota di E. Calò, *La Cassazione vara il testamento biologico*. 8 App. Milano, 9.7.2008, in *CG*, 2008, 1281 ss.; G. Gennari, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *RCeP* 2008, 1119 ss.; E. Palmerini, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *DeR* 2008, 421 ss.; In proposito inoltre v. A. Vallini, *Introduzione al focus (ii). Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *RIML* 2014, 495 ss.; per una prospettiva critica sul *substitutive judgment* dal punto di vista medico, v. A.M. Torke – G.C. Alexander – J. Lantos, *Substituted judgment: the limitations of autonomy in surrogate decision making*, in *J. Gen. Intern. Med.* 2008, 1514 ss., che cita studi in cui si dimostra come le inclinazioni verso i trattamenti sanitari cambino nel tempo, come la capacità di previsione sulle scelte terapeutiche di un proprio parente o amministrato sia spesso piuttosto relativa, e come infine molti pazienti preferiscano non essere i soli ad avere voce in capitolo in determinate scelte mediche, preferendo che anche i membri della propria famiglia o i medici intervengano. Alla luce di ciò, si propone un modello alternativo: «A shift away from substituted judgment would lead to a different moral approach to end-of-life decisions. The fact that many patients prefer to give families leeway in decision making suggests that we too should focus our efforts on supporting the family in their decision-making process. Secondly, because we know it is generally not possible to guess the patient's preferences, we should modify our approach to focus on respecting the patient, which we can continue to do in all cases. In this new approach, we would conceptualize the problem as one of a family in crisis, needing to make a decision that reflected their knowledge of the patient, but with consideration of the context of the patient's current illness. This approach does not preclude the use of substituted judgment in some circumstances. Mostly, those will be situations where the patient clearly stated a preference».

deceduto, al momento in cui doveva essere corrisposto, con l'ausilio di un suo rappresentante.

Una fatica di Sisifo, verrebbe da dire.

Peraltro, a seguito della morte del paziente, magari in ragione della mancata cura per mancata diagnosi, o dell'esito infausto del trattamento sviato dalla cattiva diagnosi, viene meno qualsiasi possibilità giuridica di nominare soggetti in vario modo destinati a «rappresentare» l'interesse del defunto, al di là dei curatori deputati alla cura dei profili ereditari. Quindi, ove già non risultino rappresentanti nominati in vita (ad es. perché il paziente versava in stato di incapacità), tale giudizio dovrebbe svolgersi attraverso complicate prove testimoniali di fonti valutate (motivatamente) come qualificate, in grado di offrire elementi conoscitivi utili sulla posizione che il defunto avrebbe espresso *in quel momento e per quel trattamento*.

Un'alternativa potrebbe essere quella di assumere l'esistenza di una (ulteriore) presunzione, stavolta circa la sussistenza del consenso del paziente ogni qual volta il trattamento risulti oggettivamente benefico, e non constino dissensi specifici (verso quel trattamento) o generici (verso quella tipologia di trattamenti). Dal punto di vista fattuale, la presunzione si sosterebbe anche sul presupposto – debole, ma non del tutto insignificante – del progresso assenso all'anamnesi e al successivo approfondimento diagnostico. Inoltre, si potrebbero impiegare massime di esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*, e più in particolare sulla ordinaria tendenza di ciascuno all'autopreservazione (dunque a curarsi quando messo nelle condizioni di farlo). Dal punto di vista giuridico, invece, potrebbe essere valorizzato il principio di solidarietà, quale possibile fondamento di una presunzione di legittimità del trattamento medico «salvo rifiuto»<sup>160</sup>.

Si tratta evidentemente di passaggi argomentativi piuttosto impegnativi, poggiati su premesse assiologiche e metodologiche insicure. In effetti e in realtà, a maggior ragione dopo la l. n. 219/2017, il consenso del paziente è una «essential connotation of the treatment relationship»<sup>161</sup>, che deve sempre essere acquisito e non sembra poter essere surrogato da un consenso presunto («avrebbe accettato»), men che mai se

---

<sup>160</sup> V. F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in RIDPP 2001, 377 ss. (in merito al fondamento di legittimità degli atti sanitari compiuti su paziente incosciente v. M. Pelissero, *Intervento medico*, cit. , 462 ss.; intravede spazi applicativi per l'applicazione dell'istituto del consenso presunto F. Mantovani, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in RIML 2000, 13 ss.; Id., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974).

<sup>161</sup> Cfr. M. Di Paolo&Al., *A review and analysis of new Italian law 219/2017: «provisions for informed consent and advance directives treatment»*, in *BMC Medical Ethics*, 20, 2019.

elaborato oggettivamente, al di fuori dei casi di necessità terapeutica oltretché delle forme stabilite *ex lege* per le disposizioni anticipate di trattamento (v. art. 4, l. n. 219/2017). Peraltro, si deve anche tener presente che, in quest'ambito, l'effetto utile di una simile presunzione sarebbe, nuovamente, di tipo *sfavorevole* per l'imputato.

6. Quando il giudizio di responsabilità sembra non poter trovare altri appigli se non in speculazioni difficilmente verificabili e falsificabili, interamente affidate ad un libero convincimento del giudice sostanzialmente insindacabile, il diritto penale dovrebbe, forse, uscire di scena. A favore di una così drastica conclusione militano gli esiti dello studio sin qui condotto sulla cooperazione omissiva ipotetica innescata dalla mancata diagnosi. In effetti, anche applicando le clausole d'incriminazione suppletiva che il nostro codice fornisce, attraverso interpretazioni capaci di coniugare l'aderenza ai principi con la rispondenza alle esigenze di tutela proprie dei contesti organizzati, i risultati che si ritraggono non sembrano soddisfacenti.

A ben vedere, se la mancata diagnosi del medico curante può essere inquadrata penalisticamente senza particolari problemi con gli strumenti della responsabilità monosoggettiva, incentrati sulla causalità oltretché sulla prevedibilità ed evitabilità della imperizia realizzata, nei (frequentissimi) casi di cooperazione multidisciplinare questi strumenti non possono essere utilizzati, o almeno non nello stesso modo<sup>162</sup>. Allo stato delle conoscenze, e alla luce delle norme che informano il nostro sistema penale, l'uomo è irriducibile a un fattore eziologicamente eterodeterminabile, pertanto il rapporto tra la sua e l'altrui scelta d'azione deve essere inquadrato ricorrendo a parametri diversi da quelli impiegati per qualificare la capacità della condotta di modificare la realtà esterna. Non appaiono risolutivi neppure i tentativi di mantenere l'etichetta causale, svuotandola però di ogni contenuto scientifico, nel tentativo di valorizzare i profili di "condizionamento storico" che ciascuna delle azioni compiute o omesse ha avuto, su quella degli altri soggetti che avrebbero potuto "naturalisticamente" impedire l'evento: come visto, tali approcci rimandano a «massime d'esperienza» differentemente denominate, che finiscono inavvertitamente

---

<sup>162</sup> Lo rileva tra gli altri anche L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., 21 «Il limite strutturale all'utilizzo del criterio causale come garanzia della responsabilità per fatto proprio è dato, come segnalato già da tempo da attenta dottrina, dalla inadeguatezza rispetto a fenomeni polieziologici: permettendo infatti di assicurare l'effettività del principio solo rispetto a condotte che costituiscano condizioni necessarie dell'evento, e non una qualsiasi causa; quindi non valendo a salvaguardare la conformità al modello di responsabilità sancito dall'art. 27 dei casi di interazione plurisoggettiva».

per lasciare (seppur in modo più elegante) eccessivi margini di discrezionalità al decidente<sup>163</sup>.

Si è visto, invece, come le potenzialità applicative del combinato disposto degli artt. 40, co. 2, e 113 Cp. possano essere governate con un certo profitto, se coniugate con la verifica dei nessi di congruenza strumentale tra i contributi atipici compiuti da coloro che hanno sinergicamente cooperato, nell'esecuzione di obblighi di garanzia frazionati e complementari. Per questa via, infatti, si riesce a rispondere alla parcellizzazione delle attività e delle funzioni proprie dei contesti organizzati, attraverso una teorica che permette di rispondere in modo personale e proporzionato al disvalore che ciascun apporto ha assunto, nel quadro della più ampia dinamica plurisoggettiva che, nel suo complesso, ha prodotto il risultato offensivo.

Nondimeno, *in subiecta materia* questa teorica riesce a rispondere convincentemente soltanto a una parte delle possibili interazioni che possono darsi tra il momento diagnostico e quello terapeutico, finendo in definitiva per legittimare risposte punitive anche notevolmente divergenti, sulla base di mere circostanze “accidentali” del caso concreto, che nulla cambiano, cioè, in termini di rilevanza funzionale della valutazione clinica che è stata tralasciata<sup>164</sup>. Invero, la strumentalità dell'omessa diagnosi può ben essere verificata nei casi in cui il medico “non curante” a cui sia imputabile, intervenga nel corso di un percorso di cura già iniziato e già gestito da coloro che avrebbero effettivamente potuto risolvere il decorso patologico in atto. Al contrario, quando essa rappresenta l'abbrivio di tale percorso, oppure interviene a determinarne la diretta interruzione, pregiudicando la presa in carico del paziente da parte dei sanitari qualificati a scegliere e somministrare la terapia, la verifica di congruenza strumentale diviene astratta, frustrando anche la concretizzazione della legge scientifica deputata a dimostrare la capacità impeditiva del presidio *collettivamente* omesso. Difatti, in simili frangenti difetta pure la reale presa in carico del malato da parte degli altri co-obbligati, o, ancor prima, la possibilità di una loro individuazione; persino il presupposto essenziale per la loro inclusione nell'ordito impeditivo diventa, insomma, meramente congetturale.

Quando poi ci si ricorda che ogni trattamento sanitario può essere praticato solo col consenso del paziente (che in quei casi però ha potuto esprimerlo solo in relazione

---

<sup>163</sup> Le ragioni sono state ampiamente esposte *supra*, par. 3.2., nt. 89; v. inoltre par. 4, nt. 95.

<sup>164</sup> V. *supra*, par. 4.2.

all'atto diagnostico), gli interrogativi a cui il penalista dovrebbe rispondere sembrano trascendere i limiti di ogni sostenibilità teorica e praticabilità processuale.

Il problema, dunque, potrebbe forse meglio beneficiare di una risposta sul piano politico-criminale.

Al momento, il legislatore sembra distratto su altri fronti: stimolato probabilmente anche dai dati relativi all'aumento del difensivismo (oltreché dalle scarse *performance* dell'art. 590-*sexies* Cp.), si trova infatti impegnato a congegnare nuove cause di non punibilità. Tuttavia, si può dubitare che un simile strumento possa essere di qualche ausilio nelle ipotesi su cui ci si sta affaticando<sup>165</sup>.

A voler prendere atto delle risultanze degli approfondimenti empirici condotti sull'errore medico<sup>166</sup>, la via che il legislatore penale potrebbe tentare, per implementare la salvaguardia della salute dei consociati, assicurando al contempo risposte ispirate al principio di personalità della responsabilità<sup>167</sup>, va paradossalmente nel senso di un aumento delle fattispecie incriminatrici, e pure, per così dire, delle occasioni d'incriminazione. Un aumento che ultimamente sembra aver rotto ogni argine<sup>168</sup>, ma che in questo caso avrebbe un suo raziocinio.

Nello specifico, la strategia potrebbe essere quella di consentire al giudice penale di responsabilizzare direttamente il *contesto organizzativo* quando emerga (come del resto spesso emerge) il suo fattivo contributo all'illecito che ha condotto all'evento infausto, offrendogli al contempo una fattispecie per stigmatizzare *appropriatamente* le negligenze individuali che abbiano avuto un impatto significativo sull'efficacia dei percorsi di cura. In tal modo, si arginerebbe il fenomeno di costante caduta «verso il basso» della responsabilità penale medica<sup>169</sup>, e altresì della implausibile diretta attribuzione dell'evento a condotte che non avrebbero di per sé, e in alcun caso, potuto scongiurarlo.

---

<sup>165</sup> Per una possibile proposta rivolta ad attenuare il contributo che il diritto penale dà, al pernicioso fenomeno della medicina difensiva, volendo si veda N. Amore, *La responsabilità medica tra cause di non punibilità e difensivismo in crescita. Una breve ricognizione e una possibile alternativa*, in *DisCrimen* 2024 (in corso di pubblicazione).

<sup>166</sup> V. *supra*, par. 4.2., nt. 153.

<sup>167</sup> Che siano attente all'effettivo disvalore della condotta, e proporzionate all'intensità del contributo fornito al singolo episodio di *malpractice*.

<sup>168</sup> V. C. Cerasa, *Il populismo penale è un'altra arma di distrazione di massa. Indagine intorno a un'emergenza bipartisan*, in *Il Foglio*, 8.9.23.

<sup>169</sup> V. R. Bartoli, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, a cura di D. Bianchi, Torino 2021, 80 ss.

Seguendo questa via, si potrebbe anzitutto estendere l'ambito soggettivo (e i reati inclusi nel relativo catalogo)<sup>170</sup> del d.lgs. n. 231/2001, in modo da fargli assumere un ruolo efficace nella prevenzione delle negligenze illecite e offensive che si possono verificare in ambito terapeutico. Come già accennato<sup>171</sup>, le strutture sanitarie pubbliche sono attualmente considerate escluse dall'ambito soggettivo di applicazione tracciato dall'art. 1, in quanto correntemente ricomprese tra gli «enti pubblici non economici»<sup>172</sup>. In linea di principio, però, non si tratta certo di un'estromissione necessitata da una qualche *Natur der Sache*, come dimostrano anche le esperienze maturate da altri ordinamenti giuridici occidentali<sup>173</sup>. Peraltro, la dottrina ha dimostrato di poter superare, già *de iure condito*<sup>174</sup>, molti dei timori di compatibilità che erano stati fondatamente avanzati, ad esempio con riferimento al problema della distribuzione delle conseguenze delle *malpractice* organizzative, di cui dovrebbero essere tenuti indenni sia i contribuenti (la sanzione pecuniaria in questo contesto significherebbe sostanzialmente un taglio alla spesa sanitaria) che i pazienti (si pensi a misure interdittive di reparti ospedalieri)<sup>175</sup>; oppure alla questione dell'accertamento della responsabilità individuale che il «decreto 231» presuppone, ai fini della verifica di quella collettiva<sup>176</sup>.

---

<sup>170</sup> In proposito v. anche M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *LP* 24.4.2020.

<sup>171</sup> V. *supra*, par. 4.2., nt. 139.

<sup>172</sup> Attualmente, infatti, risultano assoggettabili a tale disciplina soltanto le case di cura private, e quelle a partecipazione mista pubblico-privato (cfr. Cass. 21.10.2010 n. 28699, in *italgiure.giustizia.it*; v. inoltre Cass. 10.1.2022 n. 234, in *italgiure.giustizia.it*; critica sull'esclusione delle strutture pubbliche E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*. Societas publica delinquere potest, Padova 2011, 301 ss.; a favore dell'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 agli enti ospedalieri pubblici v. per es. G. De Vero, *La responsabilità*, cit., 125 ss.).

<sup>173</sup> V. anche G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *RIDPP* 2007, 445 ss.; E. Pavanello, *La responsabilità penale*, cit., 28 ss. Mantenendo il *fil rouge* del riferimento al Regno Unito, in quell'ordinamento si hanno ben tre *statutory law* adoperabili ai fini di far valere la responsabilità penale di un ente ospedaliero: l'*Health and Safety at Work Act* del 1974, il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007, e da ultimo il *Criminal Justice and Courts Act* del 2015.

<sup>174</sup> V. per es. C. Santoriello, *La colpa medica quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *RespAmmSocEn*, 2018, 153 ss.

<sup>175</sup> V. per es. A. Rossi, *Responsabilità «penale amministrativa»*, cit., 519 a cui ha ben risposto, per esempio, A. Palma, *Paradigmi ascrittivi*, cit., 220 ss.

<sup>176</sup> Ci si troverebbe perciò a dover fare comunque i conti con tutti i ben noti (e per lo più già ben discussi) problemi in punto di causalità e colpevolezza del sanitario, che peraltro si troverebbe comunque a dover essere responsabilizzato. Nondimeno, tali problemi potrebbero essere superati facendo leva sull'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001, che tra l'altro consente di configurare l'ente come responsabile anche quando «l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile» (in proposito si rinvia ad es. a R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita*, in *DPC* 10.3.2016, 11 s.).

Del resto, l'applicazione in ambito sanitario della responsabilità amministrativa da reato pare particolarmente confacente: com'è stato autorevolmente segnalato, infatti, la «logica della prevenzione mediante organizzazione accomuna i tentativi di ridimensionare il rischio reato e di gestire il rischio clinico [...] Da questo punto di vista, è bene sottolineare che rischio clinico e sicurezza delle cure costituiscono due facce della stessa medaglia e si trovano in rapporto di proporzionalità inversa: un minor livello di rischio clinico collima con un maggiore tasso di sicurezza delle cure»<sup>177</sup>.

Per rispondere, poi, al secondo problema che si è evidenziato, si potrebbe introdurre una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, incentrata sul pericolo concreto che la violazione delle regole d'arte ha prodotto per la salute del paziente. Nello specifico, si potrebbe punire «salvo che il fatto non costituisca più grave reato», il sanitario che, in vista delle finalità del suo ufficio, compia od ometta un atto medico che aveva il dovere di effettuare, in violazione delle *leges artis*, provocando in tal modo un pericolo per la salute o la vita del paziente. Il fatto, poi, potrebbe essere punito con una pena inferiore nel caso in cui la violazione sia avvenuta per colpa. Anche in questo caso, niente di azzardato o eversivo: dalla comparazione potrebbero trarsi modelli cui ispirare una simile scelta, come in particolare l'art. 150 del codice penale portoghese, rubricato «Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos» (s'intende, con i dovuti adattamenti, considerato che si tratta di un'ipotesi correntemente intesa come dolosa)<sup>178</sup>. Tale disposizione definisce al suo co. 1 le condizioni di legittimità dell'attività medica («As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da

---

<sup>177</sup> Cfr. M. Caputo, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche?*, in *DPP 2020*, 1362, il quale peraltro nota che «nella costruzione di futuribili modelli 231 anti-malpractice, gli enti non dovrebbero verosimilmente ricorrere a chissà quali sforzi di fantasia cautelare. Il fenomeno di etero-integrazione dei modelli, che si è già registrato con riferimento alle best practice o alle normative caratteristiche di altri settori della c.d. parte speciale, troverebbe l'ennesimo positivo riscontro nel settore sanitario»; in senso conforme si veda anche L. Riscato, *Responsabilità medica e colpa di organizzazione: una breve riflessione de iure condendo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, 839 ss.; *contra v.* per es. O. Di Giovine, *Colpa penale, «legge Balduzzi» e «disegno di legge Gelli-Bianco»: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *CP 2017*, 386 ss.; A. Palma, *Paradigmi ascrittivi*, cit., 222, ritiene meno problematica «l'introduzione di una normativa *ad hoc*. Si tratterebbe di prevedere una forma di responsabilità dell'ente, autonoma rispetto a quella delle persone fisiche, che prescindere dai motivi per cui queste hanno agito e dagli effettivi vantaggi o meno che l'ente abbia ricavato a seguito di tali condotte. Un'imputazione del fatto che, inoltre, possa, alternativamente, prescindere dalla responsabilità penale delle persone fisiche ovvero concorrere con questa»).

<sup>178</sup> In effetti, questa norma sembrerebbe poter trovare applicazione soltanto in caso di violazioni dolose delle *leges artis*, compiute peraltro avendo anche il dolo del pericolo che si è prodotto (in proposito v. per es. M. da Conceição Cunha, *Algumas considerações sobre a responsabilidade penal médica por omissão*, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, a cura di M. da Costa – Andrade J. de Faria Rodrigues – M. João Antunes, Coimbra 2003, 809 ss.; Aa.Vv., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I, Coimbra 2012, 473 ss.).

experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física); dopodiché, al suo co. 2 punisce «As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal».

Naturalmente, va da sé che questa proposta dia per acquisito, volendolo anzi incentivare, il massimo rigore scientifico nell'accertamento del nesso eziologico. In effetti, se così non fosse - se ci si potesse accontentare di inferenze causali più deboli - la norma sarebbe destinata ad avere un impatto modesto che ne frustrerebbe la ratio, non potendo essa trovare applicazione ogni qual volta la morte o le lesioni, correlate al rischio determinato dalla violazione cautelare, si verificano, giacché il giudice avrebbe buon gioco a ritenere integrate, in simili casi, le fattispecie di omicidio o lesioni, prevalenti su quella di mero pericolo che qui ipotizziamo. Diversamente, tenendo fede all'impostazione *scientifica* del giudizio causale, la fattispecie permetterebbe di punire i comportamenti privi di una dimostrabile rilevanza causale, anche qualora a essi abbia poi fatto "storicamente" seguito l'evento infausto. In tal modo, si eliminerebbe pure lo *stigma* prodotto dalle sproporzionate imputazioni per omicidio o lesioni gravi<sup>179</sup>, che invece attualmente vengono contestate anche ai sanitari autori di comportamenti *pericolosi ma privi di rilevanza causale* (quali sono, per l'appunto, le mancanze diagnostiche compiute da medici non curanti).

Come si vede, non si tratta certo di reinventare la ruota, né di dar vita ad ampie e complesse riforme (non certo superflue, considerata età e caratura ideologica del nostro codice). Nondimeno, se è vero che *sola dosis venenum facit*, è possibile che un siffatto, ponderato aumento (o, comunque, riorganizzazione) della offerta di penalità, potrebbe rappresentare un buon *nudge*<sup>180</sup> per orientare il giudice verso l'impiego di

---

<sup>179</sup> In senso conforme v. per es. M.L. Mattheudakis, *Causalità omissiva*, cit., 790 s. Favorevole all'introduzione di fattispecie incentrate sul pericolo anche P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 2000.

<sup>180</sup> Il concetto lo si deve a R.H. Thaler - C.R. Sunstein, *Nudge*, New Haven 2021, e nel contesto delle scienze comportamentali e di politica pubblica, descrive interventi che preservano la libertà di scelta facendo in modo che le persone, senza imposizioni, siano portate a fare un determinato tipo di scelte, potenzialmente anche migliori per loro stesse in base al loro stesso giudizio (un esempio triviale ma efficace potrebbe essere il



strumenti repressivi più proporzionati e – per utilizzare un aggettivo dal precipuo significato medico – «appropriati», rispetto ai delitti colposi che invece vengono attualmente applicati (peraltro tra i più gravi del Titolo XII)<sup>181</sup>.

---

collocamento in primo piano e all'altezza degli occhi di cibi più sani rispetto ad altri, al fine di incoraggiarne l'acquisto).

<sup>181</sup> In una prospettiva in parte assimilabile, seppur con riferimento all'introduzione di una fattispecie autonoma a tutela dell'autodeterminazione terapeutica del paziente, v. A. Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *RIML* 2013, 1 ss. (consultato nella versione *on-line*).